

# ALMAN HUKUKUNDA İNTERNETTEN KAYNAKLANAN CEZA SORUMLULUĞU(\*)

Ar. Gör. R. Barış Erman(\*\*)

## Giriş

İnternet ortamında işlenen suçlar ve bunlardan kimlerin sorumlu tutulabileceği, bütün dünyada sürekli tekrarlanan ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte yeni yanıtlar aranan bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Alman uygulaması ve öğretisi ise, bu soruya yanıt aramaya çalışan ilk hukuk sistemlerindedir. Ancak teknik olarak hızla gelişen bir alanda getirilen çözümler yeni sorunlar yaratmakta ve bunun sonucunda, eski çözümleri tartışma, daha iyilerini geliştirme veya mevcut çözümleri iyileştirme gereksinimi doğmaktadır. Alman hukukunda bu konuyla ilgili olarak yakın dönemde çıkarılan Teleservisler Yasası önemli bir dönüm noktası olmakla birlikte, bu yasanın kısa zaman içinde yenileştirilmesi gerekmiştir.

Aşağıdaki çalışmamızda, Alman hukukunda internette işlenen suçlardan doğan ceza sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin gelişimine ve özellikle Teleservisler Yasası'nın hukuksal niteliğine değindikten sonra, internet sùjelerinin sorumluluklarına ilişkin olarak söz konusu yasada getirilen rejimin ayrıntılarını açıklamaya ve değişikliğin bu sorumluluk sistemi üze-

---

(\*) Bu çalışma, **Prof. Dr. Kayıhan İçel** tarafından İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında 2001-2002 Güz yarıyılında verilen "İnternet yoluyla İşlenen Suçlarda Ceza Sorumluluğu" konulu Doktora dersinde sunulmuş seminer ödevinin genişletilmiş halidir.

(\*\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.



rine ne gibi bir etkide bulunduğunu saptamaya çalıştık. Bu bağlamda, Alman öğreti ve uygulamasında ön plana çıkan çeşitli hukuksal sorunlara da değindik.

Çalışmamızın ağırlık noktası, Alman hukukunda internette hukuksal ve cezai sorumluluk konusunda süregelen tartışmaların, yapılan ve değiştirilen yasa hükümlerinin ortaya konulması ve karşılaştırılmasıdır. Bunun, gelişmekte olan bir alanda sürekli daha etkili ve daha adil bir sisteme yönelen bir arayış olarak adlandırılması da mümkündür. Henüz son hedefine ulaştığını söyleyemeyeceğimiz bu arayışın, Türk hukuku açısından yol gösterici olacağını ummaktayız.

### **I. Alman Hukukunda İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğunun Gelişimi**

Alman hukukunda internet ortamında işlenen suçlardan doğan sorumluluk konusundaki gelişmeyi izleyecek olursak, 13.7.1997 tarihinde kabul edilen Teleservisler Yasası'ndan önceki dönemde bir belirsizliğin hakim olduğunu ve bunun çeşitli öğreti faaliyetleriyle aşılmaya çalışıldığını gözlemlemekteyiz. Gerçekten, bu dönemde interneti özel bir hukuksal alan olarak düzenleyen bir yasa bulunmadığı gibi, kitle iletişimi açısından da belirleyici ve ortak bir federal yasanın saptanması mümkün değildi. Yürürlükte olan ve internet açısından uygulanabilir durumda bulunan çeşitli hukuk normları arasında, 16 eyaletin Medya Yasaları, Radyo Televizyon Sözleşmeleri, BTX-Devlet Sözleşmeleri yanında federal alanda İletişim Donanımı Yasası, Telekomünikasyon Tüzüğü ve diğer basın hukuku düzenlemeleri yer almaktaydı<sup>1</sup>.

Ancak multimedya ve internet konularında dünya çapındaki hızlı gelişim ve bu durumun bireysel hukuksal yararları tehlikeye sokması nedeniyle, Almanya'da konu ile ilgili çeşitli yasalar kabul edilmiştir. Bunlar arasında 1.8.1996 tarihinde

<sup>1</sup> **LÖW**, Petra; Datenschutz im Internet – Eine strukturelle Untersuchung auf der Basis der neuen deutschen Medienordnung, Diss. Tübingen 2000, s. 5.



yürürlüğe giren Telekomünikasyon Yasası, 12.7.1996 tarihli Telekomünikasyon Hizmeti Girişimleri-Bilgi Koruma Yönetmeliği ve 13.7.1997'de kabul edilip 1.8.1997'de yürürlüğe giren "Bilişim ve İletişim Servisleri Yasası" yer almaktadır. Bu son yasa, gerçekte çeşitli yasalardan oluşan bir bütün olup, Teleservislerde Bilgi Koruma hakkında Yasa'yı, Sayısal İmza Yasası'nı ve internet kişilerinin hukuksal ve cezai sorumluluğunu da düzenleyen Teleservisler Yasası'nı da içermekteydi<sup>2</sup>.

Teleservisler Yasası'nın ceza hukukunu yakından ilgilendiren 5'inci paragrafında, içerik sağlayıcılar, servis sağlayıcılar ve erişim sağlayıcılar arasında bir ayırımında bulunularak, her birinin hangi hareketlerden dolayı sorumlu tutulabileceği belirlenmişti. Alman Teleservisler Yasası'nın ilk halinde sorumluluk hükmünü içeren 5'inci paragrafın içeriği şu şekildeydi:

### **§ 5 Sorumluluk**

- (1) Servis sağlayıcılar, kullanıma hazır tuttıkları kendi içeriklerinden genel kurallara göre sorumludurlar.
- (2) Servis sağlayıcılar, kullanıma hazır tuttıkları yabancı içeriklerden, ancak bunların içeriğini bildikleri ve bunların kullanılmasının engellenmesinin, teknik olarak olanaklı ve kendilerinden beklenebilir olduğu durumda sorumludurlar.
- (3) Servis sağlayıcılar, münhasıran erişim sağladıkları yabancı içerikten sorumlu değildirler. Yabancı içeriklerin, kullanıcı sorgusu üzerine otomatik ve kısa süreli olarak bulundurulması, erişim sağlama anlamına gelir.
- (4) Servis sağlayıcılar, hukuka aykırı içeriklerden Telekomünikasyon Yasası'nın 85'inci paragrafı uyarınca iletişim sırnının korunması kapsamında haberdar oldukları ve erişimin engellenmesinin teknik olarak olanaklı ve kendilerinden beklenebilir olduğu durumlarda, söz konusu içeriklerin kullanımının önlenmesine ilişkin genel düzenlemelerden doğan yükümlülükler saklıdır.

---

<sup>2</sup> LÖW, s. 14, 15.



Ancak, Teleservisler Yasası'nda 14.12.2001 tarihinde yapılan değişiklikle, sorumluluk bölümü genişletilmiş, yeni ve daha ayrıntılı bazı ilkeler kabul edilmiştir. Sorumluluk hükümlerine dört paragraf ayrılmıştır. Bu paragraflar aşağıdaki şekildedir:

### **§ 8 Genel İlkeler**

- (1) Servis sağlayıcılar, kullanıma hazır tuttukları kendi içeriklerinden genel kurallara göre sorumludurlar.
- (2) §§ 9-11 anlamındaki servis sağlayıcıların, kendileri tarafından iletilen veya saklanan bilgileri denetim altında tutma veya hukuka aykırı bir içeriği işaret eden koşulları araştırma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bilgilerin silinmesini veya kullanıma kapatılmasını gerektiren genel hükümler, servis sağlayıcının §§ 9-11 gereği sorumsuz olduğu durumlarda dahi saklıdır. Telekomünikasyon Yasası'nın § 85 hükmü gereği iletişim sırrı korunacaktır.

### **§ 9 Bilgilerin İletilmesi**

- (1) Servis sağlayıcılar, bir bilişim ağında ilettikleri veya kullanımlarına erişim sağladıkları içeriklerden sorumlu değildirler, meğer ki:

1. İletime kendileri neden olmuş
2. İletilen bilgilerin yöneldiği kişileri kendileri seçmiş veya
3. İletilen bilgileri seçmiş veya değiştirmiş olsunlar.

Servis sağlayıcının, servisinin bir kullanıcısıyla, hukuka aykırı bir eylemde bulunmak amacıyla birlikte hareket ettiği durumlarda, 1'inci cümle uygulanmaz.

- (2) 1'inci fıkra gereği bilgilerin iletilmesi ve bunlara erişim sağlanması, bu bilgilerin yalnızca bilişim ağında iletilmesinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla gerçekleştiği ve iletim için normalde gereken süreden daha uzun sürece depolanmadıkları sürece, söz konusu bilgilerin otomatik kısa süreli depolanmasını da içerir.



## **§ 10 Bilgilerin Hızlandırılmış İletimi Amacıyla Ara Depolanması**

(1) Servis sağlayıcılar, yabancı bilgilerin, münhasıran talepleri üzerine başka kullanıcılara iletilmesini daha etkili şekilde gerçekleştirilebilmesi amacıyla zaman sınırlamasına tabi şekilde otomatik olarak ara depolanmasından sorumlu değildirler, meğer ki:

1. Bilgileri değiştirsinler,
2. Bilgilere erişim koşullarına dikkat etmesinler,
3. Bilgilerin güncelleştirilmesine ilişkin olarak genel kabul gören ve kullanılan endüstri standartlarınca saptanan kurallara uymasınlar,
4. Bilginin kullanılması hakkındaki verilerin toplanmasına ilişkin teknolojilerin kullanılması üzerine genel kabul gören ve kullanılan endüstri standartlarınca saptanan izin verilmiş kullanım alanını ihlal etsinler veya
5. Bu düzenleme kapsamında depolanmış olan bilgilerin ilk kaynak noktasında ağa girişinin kapatıldığını veya silindiğini öğrendiklerinde veya kendilerine bir mahkeme veya idari makam tarafından silme veya erişimi kapatma emri gönderildiğinde, bu bilgileri silmek veya bunlara erişimi kapatmak konusunda gecikmeden harekete geçmesinler.

§ 9'un 1'inci fıkrası 2'nci cümle hükmü saklıdır.

## **§ 11 Bilgilerin Depolanması**

Servis sağlayıcılar,

1. hukuka aykırı eylem veya içerik hakkında bilgi sahibi olmadıkları ve tazminat talepleri bulunması halinde, hukuka aykırı eylem veya içeriğin açığa çıktığı gerçekler veya koşulları da bilmedikleri durumda, veya
2. Söz konusu bilgiyi edindiklerinde, içeriği silmek veya buna erişimi kapatmak için gecikmeksizin harekete geçmişlerse,



*bir kullanıcı için depoladıkları yabancı içeriklerden sorumlu olmazlar.*

*Kullanıcının, servis sağlayıcının hizmetinde bulunduğu veya onun tarafından denetlendiği durumlarda 1'inci cümle uygulanmaz.*

Teleservisler Yasası'nda değişiklik yapan yasanın genel gerekçesinde, Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin 8.6.2000 tarihli ve 2000/31 sayılı direktifindeki ilkelerin Alman pozitif hukukuna uyarlanması amaçlandığı ifade edilmiştir<sup>3</sup>. Söz konusu direktif incelendiğinde, 4'üncü bölümde "iletkenlerin sorumluluğu" başlığı altında erişim ve servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin genel belirlemelerin yer aldığı saptanabilmektedir. Burada, "salt iletim" (m. 12) ile "cache" (m. 13) arasında bir ayırım yapılmış ve 14'üncü maddede ise "hosting" adı altında servis sağlayıcıların sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddelerin içeriği, Alman Teleservisler Yasası'na eklenenlerle neredeyse tamamen aynıdır. Bu bağlamda, söz konusu maddeler, sırasıyla, Teleservisler Yasası'nın yeni şeklindeki 9, 10 ve 11'inci paragraflara karşılık gelmektedir. Direktifin, servis sağlayıcıların genel denetim yükümlülüğü bulunmamasına ilişkin 15'inci maddesi ise, Alman Teleservisler Yasası'nın 8/2'nci paragrafında ifadesini bulmaktadır.

Teleservisler Yasası'nın yeni şekliyle içerik, servis ve erişim sağlayıcıların sorumluluklarının sınırları daha belirli ve sınırlayıcı şekilde çizilmiştir. Bu bağlamda, içerik ve servis sağlayıcılara ilişkin belirlemelerde ilkesel bir değişiklik bulunmamakla birlikte, kötüye kullanmaları önleyecek çeşitli sınırlamalar getirilmiş, erişim sağlayıcılık faaliyeti ise çok ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek, erişimin normal bir şekilde sağlanması dışında, sağlanan erişimle elde edilen bilgilerin, servis sağlayıcının bilgisayarında, kendisine yeniden başvurulması durumunda hızlı bir şekilde yüklenmesinin sağlanmasına olanak tanıyan ara depolama, yani *cache* depolanması da, bazı kayıtlarla, aynı kurallara tabi tutulmuştur.

<sup>3</sup> Direktifin tam metni için bkz. [www.europa.eu.int/eur-lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex) . Direktifin Celex no.su: 300L0031.



## II. Teleservisler Yasası'ndaki Sorumluluk Hükümlerinin Hukuksal Niteliği

Teleservisler Yasası'ndaki sorumluluk hükümlerinin hukuksal niteliği, Alman öğretisinde tartışma konusu olmuştur. Özellikle bu hükümlerin ceza sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceği sorunu ortaya çıkmıştır. Alman öğretisinin büyük bir bölümü, eski 5'inci paragrafta yer alan sorumluluk hükümlerini, "bir ön filtreleme normu" olarak kabul etmektedir<sup>4</sup>. Buna göre internet sükjelerinin, her bir hukuk alanının kendi genel hükümlerine göre belirlenecek sorumluluklarının söz konusu olabilmesi için, öncelikle Teleservisler Yasası'ndaki sorumluluk hükümlerinin koşullarının aranması gerekecektir. Bu nedenle de, yasadaki hükümler, başka düzenlemelerden bağımsız bir şekilde yorumlanmalıdır<sup>5</sup>.

Başka bir görüş, söz konusu sorumluluk normunun içinde yer alan belirlemelerin, ilgili suçların tipe uygunlukları aranırken araştırılmasını öngörmektedir. Bu durumda, Teleservisler Yasası'ndaki belirlemeler bağımsızlıklarını tamamen yitirecekler ve her bir düzenleme veya hukuk alanı açısından farklı değerlendirmelere tabi tutulabileceklerdir<sup>6</sup>.

Alman hukukunda internet sükjelerinin sorumluluğu açısından büyük bir önem taşıyan CompuServe davasında<sup>7</sup> München Asliye Ceza Mahkemesi'nin ikinci derece incelemesinde kabul edilen görüşün ise öğretinin tarafından savunulan yukarıdaki görüşlerden ayrıldığı ve mahkeme kararında ağırlık kazanan görüşe göre Teleservisler Yasası'nın sorumluluk hükümlerinin "kusurluluğa etki eden bir düzenleme" olarak de-

4 **KÖHLER**, Markus / **ARNDT**, Hans-Wolfgang; **Recht des Internet**; 2. Aufl., Heidelberg 2000, no. 419.

5 **SCHWARZ**, Mathias, (DER.), **Recht im Internet, Flechsig/Vasillaki**; 8-2.1, s. 5,6.

6 **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 6.

7 Ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHWARZ**, (DER.), **Recht im Internet; Flechsig**, 8-2.2, s. 25; ayrıca bkz. **İÇEL**, Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, 5.b., İstanbul 2001, s. 416; **SINAR**, Hasan; **İnternet ve Ceza Hukuku**, İstanbul 2001, s. 97.



gerlendirildiği ifade edilmektedir<sup>8</sup>. Bu görüşe göre, sorumluluk açısından bir ön-filtreleme fonksiyonu, Alman ceza hukukuna yabancı bir kavramdır<sup>9</sup>.

Kanımızca, Teleservisler Yasası, özellikle değiştirildikten sonraki haliyle, sorumluluk açısından kendine özgü ve bağımsız bir yapıdadır. Bu nedenle, söz konusu düzenlemeyi ön filtre normu olarak kabul eden görüşe katılmaktayız. Ancak, internet sükelerine yüklenebilecek ve yüklenemeyecek sorumluluk alanlarının sınırlarını belirleyen bir normun, ceza hukuku açısından izin verilen ve verilmeyen risk alanlarını belirlediği de açıktır. Bu nedenle, söz konusu normun, sorumluluk hukuku yanında, tehlikeli işletmelerden kaynaklanan izin verilen riski belirleyen bir norm olarak, objektif yüklenebilirlik açısından da incelenmesinde yarar görmekteyiz<sup>10</sup>.

İzin verilen risk, kendisine ceza hukukunun çeşitli alanlarında yer bulmaktadır. Genel olarak kabul edilen görüşe göre izin verilen risk alanı, niteliği gereği korunan hukuksal yararlar açısından ciddi bir tehlike yaratabilen, ancak topluma dinamizm katan ve toplumsal açıdan yararlı ve gerekli olan faaliyetler açısından, siyasal güç tarafından belirlenmektedir<sup>11</sup>. Bu alanın içinde kalındıkça, yapılan harekete ve onun sonucuna izin verilmiştir<sup>12</sup>. Ancak, izin verilen bir riski oluşturan davranış kurallarının, kesin olarak pozitif hukuk tarafından saptanmaması da olanaklıdır<sup>13</sup>. Bir faaliyetin izin verilen risk alanı olarak belirlenmesine yol açabilecek konulardan birisi de, *tehlikeli işletmelerdir*<sup>14</sup>. İnternet hizmetlerinin verilmesi de, bir

<sup>8</sup> **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 6, 7.

<sup>9</sup> **GRAF**, Jürgen; "Internet: Straftaten und Strafverfolgung", **DriZ 1999**, s. 286.

<sup>10</sup> Objektif yüklenebilirliği etkileyen bir neden olarak izin verilen risk hakkında bkz. **ÜNVER**, Yener; **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul 1998, s. 257 vd.

<sup>11</sup> Bkz. **ÜNVER**, s. 7,8.

<sup>12</sup> **ÜNVER**, s. 259.

<sup>13</sup> **ÜNVER**, s. 268.

<sup>14</sup> **ÜNVER**, s. 8.



yandan toplumda korunan hukuksal yararlaraya yönelik ciddi bir tehlike yaratması, diğer yandan ise toplumsal yaşam açısından vazgeçilmez ve toplumu ilerleten özellikleri nedeniyle, tehlikeli işletme olarak görülmektedir<sup>15</sup>. Bu nedenle, söz konusu hizmetlerin izin verilen risk alanı içinde görülmesi ve bunun üzerinde az ya da çok egemenliğe sahip süjeler açısından, özen yükümlülerinin sınırlarının bu ilkeler doğrultusunda çizilmesi de doğaldır.

Gerçekten, Alman Teleservisler Yasası'nın 8-11'inci paragraflarında, içerik sağlayıcılara, servis sağlayıcılara ve erişim sağlayıcılara yüklenen risk alanının çerçevesinin çizilmesinde bazı ölçütler kullanılmaktadır. Bu ölçütler, hangi eylemleri önleme sorumluluğunun, servis veya erişim sağlayıcılara yüklenilebileceğini belirlemekte ve bu şekilde objektif yüklenilebilirliğin sınırını çizmektedirler. Böylece, bir servis sağlayıcıdan veya erişim sağlayıcıdan, hangi eylemleri engellemesinin beklenip hangi davranışların beklenemeyeceğini saptayan Alman yasakoyucusunun, bu normla iki alanı düzenlediğini söyleyebiliriz: Söz konusu hükümler, bir yandan ilgili hukuk alanları açısından sorumluluğun koşullarını bir ön-filtrelemeden geçiren kapsayıcı ve bağımsız nitelikte düzenlemelerdir, diğer yandan ise, en azından ceza hukuku açısından, internette gerçekleştirilen belirli bir eylemin, her bir internet süjesi açısından objektif yüklenilebilirliği saptanırken göz önüne alınması gereken sorumluluk sınırlarını çizen normlardır. Bu bağlamda izin verilen risk teorisi bir yandan yasakoyucunun seçimine, diğer yandan ise uygulamanın yorumlama işlevine etkide bulunmakta ve özellikle sorumluluk değerlendirmesi açısından objektif yüklenilebilirliği sınırlamaktadır. Kanımızca, Alman Teleservisler Yasası'ndaki sorumluluk hükümlerinin, yalnız her bir hukuk alanına ilişkin özel kuralların uygulanması açısından bir ön filtreleme işlevi bulunmamakta, aynı zamanda genel sorumluluk alanının sınırlarının belirlenmesinde kullanılan ölçütler de bu hükümlere göre saptanmaktadır.

---

15 SCHWARZ, 8-2.2, s. 5.



### III. Alman Hukukunda İnternet Søjelerinin Sorumluluğu

İnternette faaliyette bulunan çeşitli “aktörlerin” veya *internet søjelerinin* bulunduğu kabul edilmektedir. Genel kabul gören ayırıma göre, söz konusu søjeler, “içerik sağlayıcı”, “erişim sağlayıcı” ve “servis sağlayıcı” olarak sınıflandırılmaktadır. Alman Teleservisler Yasası’nda bu søjelerin adları belirtilmemiş olmakla birlikte, getirilen hükümler dikkate alındığında, aynı ayırımın göz önüne alındığı saptanabilmektedir. Biz de, Alman hukukunda internette ceza sorumluluğunu incelediğimiz çalışmamızda, bu ayırıma bağlı kalmaktayız.

#### A. İçerik Sağlayıcılar

Söz konusu internet søjelerinden *içerik sağlayıcılar*, “internet kullanıcıları tarafından erişilebilen herhangi bir internet yayınının içeriğini hazırlayan, ya da diğer bir deyişle bilgiyi bizzat üreten” kişidir<sup>16</sup>. İçerik sağlayıcının, belirli bir içeriğin yaratıcısı olarak, kendi eyleminden sorumlu tutulması doğaldır. Nitekim, Alman Teleservisler Yasası’nın gerek eski (§ 5/1) ve gerekse yeni şeklinde (§ 8), içerik sağlayıcının genel hükümlere göre sorumlu tutulacağı belirlenmiştir<sup>17</sup>.

Söz konusu sorumluluk, kişinin internet ortamına verdiği “kendi içeriğinden” sorumluluğudur. Bunun, kişinin üçüncü kişilerin kullanımına açık bulundurulan içeriğini ifade ettiği kabul edilmekle birlikte, kişinin “kendisine ait içeriğin” ne anlama geldiği bu denli açık değildir. Yasanın gerekçesine göre bu ifade, “sunucunun kendisine mal ettiği, üçüncü kişiler tarafından hazırlanmış içerikleri de kapsamaktadır”<sup>18</sup>. İçeriği mal edinme açısından ise, her somut olaya göre göz önünde tutulması gereken ölçütler, içeriğin kişinin kendisine ait internet alanına alınış şekli, amacı ve somut sunuluş biçimi olarak kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

16 **SINAR**, s. 41.

17 Bkz. **İÇEL**, s. 415.

18 Bkz. **KÖHLER/ARNDT**, no. 420.

19 **KÖHLER/ARNDT**, no. 420.



Yukarıdaki belirlemelerimize karşın, bir internet sitesinde yer verilen veya ulaşım olanağı sağlanan içeriklerin tamamının içerik sağlayıcı tarafından dahi denetlenmesi her zaman mümkün olamamaktadır. Örnek olarak, sitelerde genellikle karşımıza çıkan, başka site veya sayfalara bağlantı sağlayan "link"ler bir sorun oluşturabilmektedir. Link'e tek bir tıklamayla, içerik sunucunun alanından çıkılmakta ise de, kendisi bu link'i sitesine koymakla, ilgili site veya sayfaya ulaşılmasını olanaklı kılmakta ve kolaylaştırmaktadır. Ancak, bu ilgili sitenin veya sayfanın içeriği zaman içinde değişebileceğinden veya burada bulunan başka bazı linklerle suç içeriklerine ulaşılacağından, içerik sağlayıcının, kendi sayfasındaki veya sitesindeki linkin gönderme yaptığı içerikten ne ölçüde sorumlu tutulabileceği sorunu ortaya çıkmıştır<sup>20</sup>.

Alman hukukunda, linke bir atıf gibi yaklaşılmakta olduğunu görmekteyiz. Nasıl basın hukukunda kendi yazdığı yazıda göndermede bulunan ve düşüncesini, göndermenin içeriğinden açıkça soyutlamayan kişi, bu içerikten sorumlu tutulmakta ise<sup>21</sup>, sayfasına link koyan bir kişinin de, bu linkin göndermede bulunduğu site veya sayfanın içeriğinden haberdar olduğu ve bu seçimin bilinçli bir şekilde gerçekleştirildiği kabul edilmektedir.

Nitekim, Hamburg Eyalet Mahkemesi, sayfasına onur kırıcı linkler koyan içerik sağlayıcının, bu davranışıyla, linkin göndermede bulunduğu internet sitesini denetleme yükümlülüğü altına girmiş olduğu kararına varmış ve Teleservisler Yasası'nın (o sırada yürürlükte olan şekliyle) 5'inci paragrafına göndermede bulunmaksızın, link koyan kişiyi, kendi içeriği söz konusuymuş gibi sorumlu tutmuştur<sup>22</sup>.

Ancak, bu sorumluluğun ilk link katmanı ile sınırlı tutul-

20 Sorunun niteliği hakkında bkz. **LÖHNIG**, Martin; "Verbotene Schriften" *im Internet*", **NJW 1997**, s. 497.

21 **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 13

22 LG Hamburg, 12.05.1998 tarih ve 312 O 85/98 sayılı kararı. Bu karar için bkz. (çevrimiçi, 24.03.2002) <http://www.flick-sass.de/links01.html> (Karar, kesin hüküm niteliğinde değildir).



ması gerektiği, bu linkle göndermede bulunulan sitede yer alan ve kullanıcıyı başka yerlere yönlendiren linklerin içeriğinden, ilk site veya sayfa sahibinin sorumlu tutulamayacağı, bunların kesin olarak yabancı içerik olarak görüleceği ifade edilmektedir<sup>23</sup>.

Yine, birbirine eklenen linkler dizisiyle belirli bir hedef kullanıcı kitlesinin hızla ve hatta zorunlu olarak belirli bir suç içerikli sayfa veya siteye yönlendirilmesi durumunda, ilk linki veren kişinin sorumluluğunun söz konusu olabileceği ifade edilmektedir<sup>24</sup>. Sayfasında link bulunan herkesin de, belirli zaman aralıklarıyla bu linklerin göndermede bulunduğu sayfaların içeriğini denetlemesi gerektiği savunulmaktadır<sup>25</sup>.

Yukarıda özet olarak verilen ve sayfasına link koyan içerik sağlayıcıyı denetleme yükümlülüğü altında bırakan yukarıdaki görüşler, Alman öğretisinde eleştirilmektedir. Buna göre, linki sayfasına yerleştiren kişi, bu davranışıyla yabancı içerik üzerinde bir denetim ve etkileme olanağı kazanmamaktadır. Yapabileceği tek şey, koyduğu linki kaldırmak olabilecektir. Bu nedenle de gerçekte, söz konusu içeriğe yalnızca erişim sağlamaktadır. İçerik sağlayıcının, link koymama veya koyduğu linki kaldırma gibi ihmali bir sorumluluğunun doğabilmesi için ise, suç oluşturan yabancı içerik hakkında bilgi sahibi olmasına bağlı tutulmalıdır. Link koyanın, bu davranışıyla linkin gönderdiği sitenin içeriğini kendisine mal edindiğinin veya kendisini bu içerikle özdeşleştirdiğinin anlaşıldığı veya kullanıcının linke tıklamakla yabancı içerikli bir siteye ulaştığını anlayamayacağı bir tekniğin kullanıldığı hallerde ise, kişinin kendi içeriğinden sorumlu tutulduğu genel hükümlere tabi tutulması gerektiği savunulmaktadır<sup>26</sup>.

Biz de, içerik sağlayıcıların sayfalarındaki linklerden dolayı aşırı kapsamlı bir şekilde sorumlu tutulmamalarını öngören

23 **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 13.

24 **LÖHNIG**, s. 497.

25 **LÖHNIG**, s. 498.

26 **KÖHLER / ARNDT**, no. 431.



son görüşe katılmaktayız. Kanımızca, sayfasına link koyan bir içerik sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi için, bu linkin ulaştığı sayfa veya sitenin suç oluşturan içeriğini bilmesi aranmalıdır. Özellikle birçok link içeren sitelerde, bunların her birinin sürekli denetimini yapmak, bir içerik sağlayıcıdan beklenememelidir. Gerçekten, erişim veya servis sağlayıcılar açısından da yabancı içerik söz konusu olduğunda, bunun tam olarak bilinmesi arandığına ve servis sağlayıcılara sürekli bir denetimde bulunma yükümlülüğü yüklenemeyeceği kabul edildiğine göre<sup>27</sup>, kendi kontrolünde olmayan sayfa ve sitelere link veren kişilerin de böyle bir denetim yükümlülüğü bulunmayacağı görüşündeyiz.

## B. Erişim Sağlayıcılar

*Erişim sağlayıcılar*, “kullanıcıların internet ağına erişmelerini sağlayan, (...) başkalarına ait içeriklere ulaşılmasına yalnızca aracı olan”<sup>28</sup> internet süljeleridir. Erişim sağlayıcının bilgisayarına giren içerik burada saniyenin kesirleri içinde işlem görerek asıl kullanıcıya iletilmekte, bu bilgisayarda kalıcı olarak depolanmamaktadır<sup>29</sup>. Dikkat edilmesi gereken bir nokta, bir servis sağlayıcının, internete kendi koyduğu içerik açısından içerik sağlayıcı olarak faaliyet gösterebilirken, internetteki diğer bilgisayarların içerdiği bilgiler açısından ise erişim sağlayıcı olarak görev yapabileceğidir. Buna karşılık, tamamen kendi denetimi altındaki bilgisayarlarda uzun süreli olarak depolanan yabancı içerikler (*hosting* hizmeti) açısından, servis sağlayıcılara ilişkin genel hükümlere tabi olacaklardır.

Erişim sağlayıcı olarak faaliyet gösteren bir servis sağlayıcının gerçekleştirebileceği işlemler arasında, internete ve bağlı bulunan diğer hizmetlere erişime olanak tanınması, yabancı

27 Bkz. aş. III, C, 2.

28 **SINAR**, s. 42.

29 Bkz. **SIEBER**, Ulrich; “*Einleitende Stellungnahme der Verteidigung zum Sachverhalt in dem Berufungsverfahren gegen Herrn Felix Somm*”, (çevrimci 24.03.2002) <http://www.digital-law.net/somm/stellungnahme.html>.



içeriğin kullanıcı sorgusu üzerine son derece kısa süreli bir şekilde kullanıcıya iletilmesi ve bu bilgilerin teknik taşıma amacıyla kısa süreli depolanması, yani kullanıcının buna tekrar gereksinim duyması halinde kolaylıkla bilgisayarına yüklenmesini sağlayan ve belirli bir süreyle sınırlı olarak depolanması (*proxy-cache* özelliği) yer almaktadır<sup>30</sup>.

Teleservisler Yasası'nda yapılan değişikliğin getirdiği yeni sorumluluk ilkelerine göre erişim sağlayıcılar, iletme bilinçli herhangi bir müdahalede bulunmadıkları sürece, bilgilerin kısa süreyle ve otomatik olarak kendi bilgisayarlarında depolanmalarından sorumlu tutulamayacaklardır. Alman yasa koyucusu, salt iletim amaçlı depolanan bilgilerin kaynağı, edinilme süreci ve iletildiği kişi veya kişiler açısından erişim sağlayıcının herhangi bir belirleme veya seçme faaliyetinde bulunmamasını aramıştır. Aksi takdirde, söz konusu bilgilere müdahale edilmiş olduğundan, bunlar içerik sağlayıcının kendi yarattığı bilgiler gibi değerlendirilecek ve genel sorumluluk sistemine tabi tutulacaktır. Yine, söz konusu bilgilerin, erişim sağlayıcının bilgisayarında iletim için zorunlu olan zamanın üzerinde saklı tutulmaması gerektiği belirlenmiştir (TDG § 9).

Bu duruma, bilgilerin *proxy-cache* olarak kısa süreli depolanması da dahil olacaktır (TDG § 10). Ancak bu son durum açısından, erişim sağlayıcının sorumlu tutulmaması, bazı koşullara uymasına bağlı kılınmıştır. Teleservisler Yasası'nın eski 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının ikinci cümlesinde ise, *proxy-cache* hizmeti, basit erişim sağlama, yani bilgilerin iletilmesi ile aynı hükümlere tabi tutulmaktaydı. "Proxy-cache imtiyazı" olarak da adlandırılan bu hukuksal durum, söz konusu hizmetin, tam olarak erişim sağlama altında değerlendirilmesi ve bu hizmeti sağlayan kişilerin, kendi bilgisayarlarında yer alan yabancı içerikten dolayı sorumsuz tutulmasına yol açmaktaydı<sup>31</sup>. Değişiklik ise bu sistemin terk edilmesi ve her iki

<sup>30</sup> Bkz. **SIEBER**, Ulrich; "Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (I)", **JZ 1996**, s. 434.

<sup>31</sup> **KÖHLER/ARNDT**, no. 425, 426.



hizmet arasında bazı ayırımların yapılması sonucunu doğurmuştur.

Değişiklikten sonra ise, proxy-cache hizmeti veren erişim veya servis sağlayıcının, sorumsuzluk hükmünden yararlanabilmesi için uyması gereken koşulların başında, bilgilere müdahale etmeme yanında, bunlara ulaşım ve güncelleştirilmeleri hakkındaki genel standartlara uygunluk yer almaktadır. En önemli koşul ise, söz konusu bilginin ana kaynağında yayından kaldırıldığı halde erişim sağlayıcının bilgisayarında depolanmaya devam etmesini önlemeye yönelik bulunan 5'inci banttir. Yine aynı bent, erişim sağlayıcıya, kısa süreli olarak depoladığı bilgilerin hukuka aykırılığı ve bunun yayından kaldırılması emri, bir mahkeme veya idari bir makam tarafından gönderildiğinde, buna uymak için gecikmeksizin harekete geçme yükümlülüğü yüklemektedir.

Dikkat edilecek olursa, bilgilerin ana kaynağında yayından kaldırıldığının öğrenilmesi açısından herhangi bir koşul getirilmezken, erişim sağlayıcının bilgisayarında kısa süreli depolanan bilgilerin hukuka aykırı olduğu bilgisinin, bunları yayından kaldırma yükümlülüğüne neden olabilmesi için, bir mahkeme veya idari bir makamdaki kaynaklanan resmi bir emir niteliğinde olması aranmıştır. Söz konusu idari makam açısından herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Yani, hangi idari makamlardan gelecek emirlerin, erişim sağlayıcıların, hukuka aykırı içeriği yayından kaldırma yükümlülüğünü doğurabileceği, en azından yasal düzlemde, saptanmamıştır.

### C. Servis Sağlayıcılar

*Hosting* hizmeti veren servis sağlayıcılar, "başkalarının hazırlamış olduğu içeriği kendi 'sunucu'larında depolayabilme ve buradan da, doğrudan internet bağlantılarını kullanarak siberuzay ortamına aktarabilme olanağına sahip"tirler<sup>32</sup>. Hosting sırasında bir posta veya haber grubu sunucusunun uzaktaki sağlayıcılarla paylaşılması da söz konusu olabilmektedir. Bu

32 SINAR, s. 42.



gibi durumlarda servis sağlayıcının yabancı içeriğe verdiği desteğin şekli ve teknik ağırlıklı olduğu ifade edilmektedir<sup>33</sup>.

Ancak, servis sağlayıcıların, yabancı içeriği ilgilendiren faaliyetleri bununla sınırlı kalmamaktadır. Servis sağlayıcılar aynı zamanda "seçme" veya "*moderation (işletim)*" olarak adlandırılacak işlemlerde de bulunabilmektedirler. Kendi sunucuları üzerinden internet ortamına aktarılacak sayfa ve siteleri içeren FTP-sunucuları gibi, bir işleteni bulunan (*moderated*) haber gruplarını barındırdıklarında, servis sağlayıcıların yabancı içerik üzerinde sınırlı da olsa bir denetim gücü olduğu kabul edilmektedir<sup>34</sup>.

### 1. Servis Sağlayıcının İhmali Eyleminden Sorumluluğu

Servis sağlayıcılar kendi ürettikleri içerikler açısından içerik sağlayıcı olarak değerlendirileceklerinden, bunlardan genel hükümlere göre sorumlu tutulmaları doğaldır. Servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin tartışma yaratan nokta ise, bunların yabancı içerikten ne ölçüde sorumlu tutulabilecekleri, başka bir deyişle, kendilerine ait olmayan, ancak bilgisayarlarında depolanan suç oluşturan yabancı içeriklere ulaşılmasını engelleme yükümlülükleri bulunup bulunmadığıdır. Bu nedenle, servis sağlayıcıların sorumluluğu, çoğu zaman ihmali eylemleri açısından incelenmektedir<sup>35</sup>.

Servis sağlayıcının yabancı içeriği kendi bilgisayarlarında depolaması ile bunlar üzerinde bir denetim görevi ve gerektiğinde suç oluşturan içeriğe ulaşılmasını engelleme yükümlülüğü bulunup bulunmadığı konusu, gerek Teleservisler Yasası'ndan önceki ve gerekse sonraki dönemde Alman öğretisinde de tartışılan bir konu olmuştur. Özellikle servis sağlayıcının ihmali hareketinden dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağı üzerinde durulmuştur.

33 SIEBER, JZ 1996, s. 434.

34 SIEBER, JZ 1996, s. 434.

35 SCHWARZ, 8-2.1, s. 37.



Bir kişinin, başkasının suç oluşturan eyleminden ihmal suretiyle sorumlu tutulabilmesi için, bu sonucu önleme yükümlülüğü bulunması gerekmektedir. Genel olarak "sonucu önleme yükümlülüğü" olarak adlandırılan bu yükümlülük<sup>36</sup>, kaynağını yasada veya örf ve adet hukukunda bulabileceği gibi, kişinin tehlikeye kendi hareketiyle neden olmasından veya belirli bir risk bölgesi üzerinde hakimiyeti bulunmasından da kaynaklanabilecektir<sup>37</sup>.

### a) Yasadan Kaynaklanan Önleme Yükümlülüğü

Alman öğretisinde Teleservisler Yasası'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, servis sağlayıcının yasadan kaynaklanan böyle bir yükümlülüğü bulunmadığı kesindir. Buna karşılık, yasanın yürürlüğe girmesinin de, servis sağlayıcıya yasal bir önleme yükümlülüğü getirmediği savunulmuştur. Bunun nedeni, Teleservisler Yasası'nın kabul ettiği ilkelerin, sorumluluğu genişletici değil, sınırlayıcı nitelikte olmasıdır. Bu nedenle Teleservisler Yasası'nın, servis sağlayıcıya aktif bir harekete geçme yükümlülüğünü doğrudan yüklemeye ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Ancak, Teleservisler Yasası'nın değiştirilmesinden sonra ortaya çıkan hukuksal durum göz önüne alındığında, yasanın sorumluluğu sınırlayıcı niteliği yanında, servis sağlayıcıya bazı yükümlülükler getirdiği de görülmektedir. Özellikle, hukuka aykırı içeriği saptayan mahkeme veya idari makamların, bunu servis veya erişim sağlayıcıya bildirdiklerinde, bilgiyi kısa süreli depolayan kişilerin bunu silme yükümlülüğü veya söz konusu bilginin ana kaynağında silindiğini öğrenince gecikmeksizin harekete geçme yükümlülüğüne ilişkin, 9'uncu paragrafta yer alan düzenlemeler, artık servis sağlayıcının sonucu önleme yükümlülüğünün yasal bir zemine dayandığının ileri sürülmesi sonucunu doğurabilecektir.

<sup>36</sup> Ayrıntı için bkz. İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsün/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener; İÇEL **Suç Teorisi**, 2. b., İstanbul 2000, s. 60 vd.

<sup>37</sup> DERKSEN, Roland; "Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreiteten Daten mit strafbarem Inhalt", **NJW 1997**, s. 1883, 1884.

<sup>38</sup> SCHWARZ, 8-2.1, s. 38.



Bununla birlikte, bütün bu düzenlemelerin de servis sağlayıcıların genel hükümlere göre belirlenecek sorumluluğunun sınırlarına ilişkin olduğu ve bu yükümlülükler uyulmamasının kendi başına bir yaptırımla karşılanmadığı da dikkate alınmalıdır. Yükümlülüğe uymamanın sonucu, servis sağlayıcıların, kendi denetimleri altındaki yabancı içerikten genel kurallara göre sorumlu tutulmalarıdır. Ancak salt söz konusu yükümlülükler uyulup uyulmamasına ilişkin olarak, yasakoyucunun bazı yaptırımlar belirlemesi halinde, kanunilik, belirlilik ve ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkelerine uygun bir yaptırımın saptanması yerinde olacaktır.

### **b) Tehlikeyi Bizzat Yaratmış Olmaktan Doğan Önleme Yükümlülüğü**

Aynı yükümlülüğün, servis sağlayıcıya tehlike yaratmış olmaktan dolayı da yüklenemeyeceği savunulmaktadır<sup>39</sup>. Zira, “internetteki bilgisayarların işletilmesi, gerçekten de suç içerikli bilgilerin yayılması açısından yakın ve elverişli bir tehlike doğurmaktadır. Ancak, kullanıcıların interneti kullanmaları gibi bu hizmet de hukuka aykırı değildir. Servis sağlayıcı, salt internetin içinde çeşitli ağlar kurmakla, suç içerikli bilgilere ulaşılmasını önleme yükümlülüğü doğurabilecek bir şekilde haklara müdahale etmiş değildir”<sup>40</sup>. Ancak belirtelim ki, söz konusu tehlikenin “yakın” olduğu da sorgulanmaktadır<sup>41</sup>. Böylece, internette çeşitli hizmetleri sunma şeklinde bir işletmenin, eylemin toplumsal uygunluğu nedeniyle hukuka uygun olduğu, hukuka uygun bir eylemin ise, ihmali hareketten sorumluluğun doğmasına neden olabilecek anlamda bir “tehlikeli ön hareket” olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

39 **SIEBER**, Ulrich; “Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (II)”, **JZ 1996**, s. 501.

40 **DERKSEN**, s. 1883.

41 **SIEBER**, **JZ 1996**, s. 501.

42 Bkz. **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 39.



### c) Tehlike Kaynağına Hakim Olmaktan Doğan Önleme Yükümlülüğü

Risk bölgesi veya tehlike kaynağı üzerinde hakimiyeti bulunan kişinin de belirli koşullarla burada ortaya çıkabilecek suç oluşturan eylemleri engelleme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir. Bunun için söz konusu kişinin, tehlike kaynağı üzerinde gerçek bir hakimiyeti, yani denetim ve egemenlik gücü bulunması yanında, çevrenin, egemenliğin sahibi olan kişiye, buradan ortaya çıkabilecek tehlikeleri önleyeceği konusunda bir güveninin söz konusu olması gerekmektedir<sup>43</sup>.

Almanya'da Teleservisler Yasası'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, servis sağlayıcının verdiği hizmetler üzerinde tam bir egemenlik gücü olduğu kabul edilse bile, internet ortamındaki tehlikeli, risk içeren davranışları önlemesinin kendisinden genel olarak beklenmesini gerektirecek herhangi bir konumda bulunmadığı savunulmaktaydı. Buna göre, servis sağlayıcının internetteki suç içerikli bilgileri eleyeceğine ilişkin toplum içinde ne hukuksal, ne de fiili bir güven temeli bulunmaktaydı<sup>44</sup>. Ayrıca, tehlike kaynakları üzerinde denetim yükümlülüğünün, ancak tehlike kaynağından doğrudan doğruya ve kendiliğinden ortaya çıkan tehlikeler için söz konusu olabileceği, üçüncü kişilerin kusurlu ve hukuka aykırı eylemleriyle gerçekleştirdikleri tehlikelerin, bu bağlamda değerlendirilemeyeceği de savunulmaktaydı<sup>45</sup>.

Buna karşılık, Alman Teleservisler Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle, yukarıda sözünü ettiğimiz güven temelini, kendisine en azından hukuksal bir zemin bulmuş olduğu kabul edilmiştir. Teleservisler Yasası'nın eski 5'inci, yeni 8-11'inci paragrafları gereği, servis sağlayıcıların, hukuka aykırı içeriklerin yayılmasını engellemek için gerekli özeni göstereceklerine ilişkin bir beklenti oluşmuştur<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> **SIEBER, JZ 1996**, s. 501. Ayrıca bkz. **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 39; **DERKSEN**, s. 1883

<sup>44</sup> **SIEBER, JZ 1996**, s. 501, **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 40.

<sup>45</sup> **SIEBER, JZ 1996**, s. 502.

<sup>46</sup> **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 40.



Alman öğretisinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, Teleservisler Yasası'ndaki sorumluluk hükümleri, servis sağlayıcının sonucu engelleme yükümlülüğüne yasal bir dayanak oluşturmasa dahi, servis sağlayıcıların suç oluşturan içerikler üzerinde ne ölçüde denetimde bulunması gerektiğini saptamakla, toplumun, bu kişilerin söz konusu içerikleri önleyeceğine yönelen güvenine meşru bir zemin yaratmıştır. Bu nedenle, servis sağlayıcılarının internet sorumluluğunun, bir tehlike kaynağı üzerinde egemenlik sahibi olmaktan kaynaklanan özel bir harekete geçme yükümlülüğüne dayandığı ifade edilmektedir<sup>47</sup>.

## 2. Denetleme Yükümlülüğünün Sınırları

Servis sağlayıcılar açısından önem taşıyan bir başka nokta ise, kendi bilgisayarlarında her bir anda ne bulunduğunu bilmek veya bunu araştırmak zorunda bulunmamalarıdır. Gerçekten, gerek Teleservisler Yasası'nın 8/2'nci paragrafı, gerekse bu yasanın dayandığı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nin 15'inci maddesi, bu konuda açık hüküm getirmişlerdir.

Bu durum, ihmal suretiyle işlenen suçlarda özellikle ortaya çıkan, "kişiye ancak olanaklı ve kendisinden beklenebilir bir davranış yükümlülüğü yüklenebileceği"ne ilişkin ilkeyle aynı doğrultudadır<sup>48</sup>. Gerçekten, belirli bir bilgiye ulaşılmasını engellemek bir servis sağlayıcının kudretinde bulunsa dahi, kendi bilgisayarlarına yüklenen yabancı içeriğin her bir ayrıntısından her an haberdar olması beklenemeyecektir. Zira servis sağlayıcıların sunucularında "büyük bir kısmı her gün ve hatta günde birkaç kez güncelleştirilen – onbinlerce web sitesi bulmakta ve bu siteler resimler, grafikler, çeşitli programlar, ses ve görüntü dosyaları gibi çok değişik unsurları barındırmaktadırlar (...) Şu halde tüm bu verilerin ışığında, bu kadar yoğun bir veri trafiğini izlemek ve kontrol etmeye çalışmak, teknik açıdan olanaksız olmakla kalmamakta; aynı zamanda bu tarz bir ça-

47 **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 41

48 Bkz. **SIEBER**, JZ 1996, s. 503.



ba içerisine girmek, ifade özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir sansürleme girişimi niteliğini de taşımaktadır”<sup>49</sup>.

Bu nedenle, Teleservisler Yasası'nın ilk şekli, servis sağlayıcıyı yalnızca içeriği hakkında pozitif bir bilgiye sahip olduğu bilgilerin yayılmasını engellemekle yükümlü tutmaktaydı. Yine buna paralel olarak yeni sorumluluk hükümlerinde de, öncelikle sürekli bir takip ve denetleme yükümlülüğü bulunmadığı ilkesi konmuş (§ 8/2), bununla bağlantılı olarak servis sağlayıcıların, kendi bilgisayarlarında yer alan ve suç oluşturan içerikler hakkında pozitif bilgi sahibi olmadıkları durumda sorumlu sayılmayacakları hükmü getirilmiş (§ 11/1), ancak bu bilgiye ulaştıkları anda, gecikmeksizin gereğini yapmaları yükümlü de, bu sorumsuzluğun koşulu olarak belirlenmiştir (§ 11/2). Dikkat edilmesi gereken bir nokta, servis sağlayıcının, kendi bilgisayarında kısa süreli (*proxy-cache*) depolanan bilgileri silme veya bunlara erişimi engelleme yükümlülüğü açısından aranan koşulların burada bulunmamasıdır. Gerçekten, servis sağlayıcı, herhangi bir yoldan, suç oluşturan bilgilerin kendi bilgisayarında depolandığını öğrenir öğrenmez, bunu engellemek için gereken önlemleri almak durumundadır.

İfade edelim ki, Teleservisler Yasası'nın eski şekli, servis sağlayıcıların denetleme yükümlülüğünün sınırları açısından belirgin bir saptamada bulunmamaktaydı. Ancak daha bu dönemde, servis sağlayıcı açısından, suç oluşturan bir içeriğin kendi bilgisayarlarında bulunduğunu “bilmesi gerekme” gibi bir ölçütün kullanılamayacağı ifade edilmekle birlikte, bunun, kendisine söz konusu bilginin iletilmesine karşın ilgili sayfa veya haber gruplarını denetlemeyen, bu yolla da bilgiyi edinmekten bilinçli olarak kaçınan bir servis sağlayıcı açısından geçerli olamayacağı savunulmaktaydı. Yani, hakkın kötüye kullanılmasına benzer bir şekilde, servis sağlayıcıların, kendilerine suç oluşturan bir içeriğin haberi iletildiğinde, bunu bertaraf etmemek için, içerik hakkında pozitif bilgiyi edinmekten kaçınmasının, servis sağlayıcının sorumsuzluğu sonucunu doğuramayacağı kabul edilmekteydi<sup>50</sup>.

49 **SINAR**, s. 88.

50 **SCHWARZ**, 8-2.1, s. 50.



Yasanın yeni hükümleri açısından da, yukarıdaki saptamaların geçerli olacağı söylenebilir. Ancak yasakoyucu, kendi bilgisayarında hukuka aykırı bir içerik olduğu bilgisini edinen servis sağlayıcının, bunu vakit geçirmeksizin araştırması ve önlem alması yönünde bir hüküm getirerek, bu şekilde kötüye kullanmaların önüne geçmeyi amaçlamış olmalıdır.

## Sonuç

Alman hukukunda, internet sùjelerinin ceza sorumluluğu ve bunun sınırları, Teleservisler Yasası'nın öncesinde olduğu kadar sonrasında da tartışılmış bir konudur. İnternet teknolojisinin gelişmesiyle birlikte, hukuksal sorunlar da karmaşıklaşmakta, yeni çözüm tarzlarının benimsenmesine gereksinim duyulmaktadır. Bunun en son örneği, Avrupa Konseyi ve Parlamentosu'nun direktifi doğrultusunda Alman Teleservisler Yasası'ndaki sorumluluk ilkelerinin çok daha belirli ve ayrıntılı düzenlenmesinde ortaya çıkmaktadır.

Türkiye'de ise, henüz internet sùjelerinin hukuksal veya cezai sorumluluklarını belirleyen genel bir düzenleme bulunmamakta ve bu durum uygulamada karışıklığa yol açmaktadır. Servis sağlayıcılar, kendi denetimleri altındaki bölgelerde gerçekleşen hukuk ihlallerine ne şekilde müdahale etmeleri gerektiğini bilememekte, duruma göre müdahale etmemelerinden dolayı asıl failin eylemine ortaklıktan dolayı suçlanabilmektedirler.

Ancak, kanımızca Türk internet hukukunun günümüzdeki durumunu, Alman Teleservisler Yasası'nın kabulünden önceki Alman hukuku ile karşılaştırarak bazı sonuçlara varmak daha isabetli olacaktır. Gerçekten, özellikle servis sağlayıcıların ihmali hareketlerinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için Alman Teleservisler Yasası'nın yürürlüğe girişı bir dönüm noktası olarak görülmektedir. Türkiye'de de suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkelerini göz önünde tutan ve Avrupa Birliđi kazanımları ile uyum içinde bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Bu süreçte, Avrupa Konseyi ve Parlamentosu'nun direktifine uygun bir yasanın çıkartılarak, başta servis sağlayıcı olmak üzere, internet sùjelerinin hukuksal ve cezai sorumluluklarının düzenlenmesi yerinde olacaktır.



## KAYNAKÇA

- DERKSEN**, Roland; "Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreiteten Daten mit strafbarem Inhalt", **NJW 1997**.
- GRAF**, Jürgen; "Internet: Straftaten und Strafverfolgung", **Driz 1999**, s. 281 vd.
- İÇEL**, Kayıhan; **Kitle Haberleşme Hukuku**, 5.b., İstanbul 2001.
- İÇEL**, Kayıhan/**SOKULLU-AKINCI**, Füsün/**ÖZGENÇ**, İzzet/**SÖZÜER**, Adem/**MAHMUTOĞLU**, Fatih S. /**ÜNVER**, Yener; **İÇEL, Suç Teorisi**, 2. b., İstanbul 2000.
- KÖHLER**, Markus / **ARNDT**, Hans-Wolfgang; **Recht des Internet**; 2. Aufl., Heidelberg 2000.
- LÖHNIG**, Martin; "Verbotene Schriften" im Internet", **NJW 1997**, s. 496 vd.
- LÖW**, Petra; Datenschutz im Internet – Eine strukturelle Untersuchung auf der Basis der neuen deutschen Medienordnung, Diss. Tübingen 2000.
- SCHWARZ**, Mathias; (DER.), **Recht im Internet**, Gognos Verlag 2000, **Bd. 2**.
- SINAR**, Hasan; **İnternet ve Ceza Hukuku**, İstanbul 2001.
- SIEBER**, Ulrich; "Einleitende Stellungnahme der Verteidigung zum Sachverhalt in dem Berufungsverfahren gegen Herrn Felix Somm", (çevrimiçi); <http://www.digital-law.net/somm/stellungnahme.html>.
- SIEBER**, Ulrich; "Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (I)", **JZ 1996**, s. 429 vd.
- SIEBER**, Ulrich; "Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (II)", **JZ 1996**, s. 494 vd.
- ÜNVER**, Yener; **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul 1998.