

İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ HUKUKİ SORUMLULUKLARI

Tamer SOYSAL*

I. GİRİŞ

İnternetin ortaya çıkması ile birlikte bir yandan mevcut hukuk kurallarının yepyeni bir alan olan siber uzaya uygulanması zarureti ortaya çıkmış; öte yandan da internete özgü yeni ve daha önce benzeri görülmemiş hak ihlalleri görülmeye başlamıştır. İnternete açılan kapı niteliğindeki internet servis sağlayıcılar adeta siber uzaya kullanıcıları taşıyan uzay aracı gibidirler ve ortaya çıkan hak ihlallerinden hiçbir sorumluluklarının kabul edilmemesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Uluslararası alanda gerek Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün¹ girişimleri gerekse Avrupa Birliği düzenlemeleri ile olası hak ihlallerinde hak sahiplerini korumak için servis sağlayıcılar ile ilgili de hükümler öngörülmüştür. Ülkeler de ulusal mevzuatlarını bu düzenlemelere paralel şekilde yerine getirmektedirler. Düzenlemeler yapılırken ortaya çıkan hak ihlallerini engellemek amaçlandığı kadar içinde bulunduğumuz bilgi çağında internetin ve yeni teknolojilerin gelişimi de dikkate alınmaktadır. Bu noktada servis sağlayıcıların sorumluluklarının açık ve net olarak belirlenmesi önem taşımaktadır.

Dünyada ve Türkiye'de internet kullanıcıları her geçen gün artmaktadır. Computer Industry Almanac verilerine göre dünyada 2004 yılı itibariyle 934 milyon internet kullanıcısı vardır. Bu rakamın 2005 yılında 1.07 milyara, 2006 yılında 1.21 milyara ve 2007 yılında 1.35

* Şarköy Cumhuriyet Savcısı.

¹ World Intellectual Property Organisation-WIPO.

milyara çıkması beklenmektedir. Türkiye’de internet kullanıcı sayısı 7.27 milyon olarak belirlenmiştir. Dünyada 13.000 civarında² internet servis sağlayıcı vardır. ABD’de 186 milyon internet kullanıcısı ve 7.000 civarında internet servis sağlayıcı vardır. Türkiye’de 50 tane internet servis sağlayıcı vardır.³

İnternet servis sağlayıcılar ile ilgili düzenlemeler internetin gelişim ivmesini belirlemesi açısından da büyük önem taşımaktadır.

II. İNTERNET VE İNTERNETİN AKTÖRLERİ

2.1. İnternet

İnternet, birden fazla haberleşme ağının (network), birlikte meydana getirdikleri bir iletişim ortamıdır (platformudur). Bu iletişim ağları, bilgisayarlar ile oluşturulmaktadır. Diğer bir deyişle, İnternet bilgisayarlar arasında kurulmuş bulunan bir haberleşme ağıdır.⁴ İnternet bilişim sistemleri ve bunları birbirine bağlayan her türlü veri iletim ağından oluşan, fiziksel yapısı sayısal verilerden oluşan sanal alandaki veri iletim ağlarının bir türüdür.⁵ İnternet kelimesi, 1973 yılında Birleşik Devletler Savunma Konulu İleri Araştırma Projeleri Dairesi (Defense Advanced Research Projects Agency-DARPA) tarafından ağa bağlı çok sayıda bilgisayar arasında paket anahtarlamalı veri iletimini destekleyen iletişim protokolleri geliştirmek amacıyla başlatılan ve “*Internetting Project*” adı verilen bir araştırma projesinden esinlenerek ortaya çıkmıştır.⁶ İnternet kelimesi, ingilizce “*International Network (Uluslararası Çalışma Ağı)*”un kısaltılmışı olarak da tanımlanmaktadır.⁷ İnternet, insanların her geçen gün gittikçe artan “*üretilen bilgiyi saklama/paylaşma ve ona kolayca ulaşma*” istekleri sonrasında ortaya çıkan bir teknolojidir. Bu teknoloji

² Computer Industry’nin verilerinde toplam bir rakam verilmemiştir. Fakat araştırma kapsamındaki ülkelerdeki servis sağlayıcıların toplamı 12.327’dir.

³ Rakamlarla ilgili bkz., http://www.clickz.com/stats/web_worldwide/ (Haziran 2005).

⁴ Güran, Sait - Akunal, Teoman - Bayraktar, Köksal ve Diğerleri; *İnternet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni*, İstanbul 2000, s. 4.

⁵ Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin, Ankara 2004, s. 50.

⁶ “A Brief History Of The Internet and Related Networks”, Cerf V. G., <http://www.isoc.org/internet/history/cerf.shtml>, (Haziran 2005).

⁷ Bozbel, Savaş, “İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler”, *Yargıtay Dergisi*, Ocak -Nisan 2001, C. 27, S. 1-2, s. 749.

yardımıyla pek çok alandaki bilgilere kolay, ucuz, hızlı ve güvenli bir şekilde erişilebilmektedir. Bir başka ifade ile, internet tüm ülkelerde kayıtlı üyesi bulunan olağanüstü kapsamı olan bir uluslararası iletişim şebekesidir.⁸

Ocak 1958'de Amerikan Savunma Bakanlığı'na bağlı bir kuruluş olarak faaliyete geçen "İleri Araştırma Projeleri Dairesi - Advanced Research Projects Agency - ARPA"ya bağlı bir daire olan "Bilgi İşlem Teknikleri Dairesi - Information Processing Techniques Office - IPTO" içinde Joseph Carl Robnett Licklider (1915-1990),⁹ Bob Taylor, Larry Roberts gibi bilim insanlarının çabaları ve çalışmaları ile bilgisayarların birbirine bağlanarak iletişim kurlmaları esasına dayalı olan ARPANET ağı 1969 yılında faaliyete geçirildi. 1972 Ekim ayında Washington'da yapılan "Birinci Uluslararası Bilgisayar İletişim Konferansı"nda ARPANET ağı bilim çevrelerine tanıtıldı. ARPANET bu konferansta federal bir araştırma etkinliği olarak tanıtıldı. ARPA, 1972'den itibaren askeri kuruluşların istekleri doğrultusunda bazı çalışmalar gerçekleştirdi ve bu çalışmalar sonucunda ARPA'nın adı "Defense Advanced Research Projects Agency (Savunma konulu İleri Araştırma Projeleri Dairesi - DARPA)" olarak değiştirildi. Ancak ARPANET adı varlığını sürdürdü.¹⁰ Bob Kahn ve Vinc Cerf adlı bilim adamları ağdaki iletişimi standartlaştıracak "Paket Ağlararası İletişim için bir Protokol" adlı bildirilerini 1973 yılı sonlarında tamamladılar.¹¹ İletilere TCP (Transmission-Control Protocol - İletim Kontrol Protokolleri) adı verildi. TCP'nin yaratılması ağlararası iletişime olanak sağladı. 1978'de TCP yasal olarak TCP/IP¹² adını aldı.¹³ 1 Ocak 1983'de ARPANET resmi olarak TCP/IP protokolüne geçiş yaptı. Bir süre sonra farklı kuruluşların çabaları ile kurulan MILNET, ARPANET, CSNET gibi ayrı ağlar TCP/IP protokolü ortak dili altında birleştirildi ve böylece "İnternet" ortaya çıkmış oldu.¹⁴

⁸ İçel, Kayıhan, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul 2001, s. 7; "A Brief History of Internet", <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml#tokyotrip> (Mayıs 2003).

⁹ "Biographical Memoirs"; <http://books.nap.edu/html/biomems/jlicklider.html> (Haziran 2005).

¹⁰ Hafner, Katie - Lyon, Matthew, *İnternet Tarihi* (Çev. Sinem Yazıcıoğlu), Güncel Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 241.

¹¹ Hafner, K. - Lyon, M., s. 248.

¹² Transmission Control Protocol / Internet Protocol (İletim Denetimi Protokolü / İnternet Protokolü)

¹³ Hafner, K. - Lyon, M., s. 261.

¹⁴ Hafner, K. - Lyon, M., s. 269.

İnternetin teknik gelişimi ise, 1986 yılında oluşturulan ve internetin geliştirilmesi ve protokol mühendisliği alanlarında hizmet vermekte olan “İnternet Mühendisliği Çalışma Grubu (Internet Engineering Task Force - IETF)” ve bu grubun alt çalışma grupları olan “İnternet Mimarisi Kurulu (Internet Architecture Board - IAB)”, “İnternet Mühendisliği Yönetim Grubu (Internet Engineering Steering Group - IESG)”nın çalışmaları ve “İnternet Topluluğu (Internet Society - ISOC)” ile “İnternet Tahsisli Sayılar Otoritesi (Internet Assigned Numbers Authority - IANA)” tarafından koordinasyon halinde katılımcı karar alma mekanizmaları aracılığıyla oluşturulan protokoller tarafından yönlendirilmektedir. İnternet Topluluğu - ISOC, 1991 yılında internete resmi bir yapı sağlamak ve interneti geliştirmek üzere kurulmuştur. Ancak internet üzerinde yasal bir otorite olarak çalışan bir merkezi kural koyucu bulunmamaktadır.¹⁵

Dünya'nın herhangi bir yerinden bu sisteme katılmak teorik olarak mümkün olmakla birlikte bu sisteme girmek için veya kendi web sitenizi sunabilmeniz için “Providers - İnternet Servis Sağlayıcıları - İSS” denilen kuruluşların devreyi girmesi gerekmektedir. İSS'lere ulaşım ise modem denilen telefon sinyallerini bilgiye çeviren aletlerle telefon üzerinden gerçekleşmektedir. Bilgisayarların kendi aralarında konuşmaları -en yaygın sistem olarak- TCP/IP yöntemi ile olmaktadır. İnternet sitelerinin izlenebilmesi için ise “Browser” (Internet Explorer, Netscape gibi) denilen internet tarayıcılarına ihtiyaç vardır. Bu “browserler” sayesinde genelde “HTML” dili ile yazılan internet sayfaları adeta tercüme edilmektedir. Dolayısıyla internete girebilmek için pc, modem, telefon bağlantısı ve internet servis sağlayıcıların bir araya gelmesi gerekmektedir.

2.2. İnternetin Aktörleri

1. Telefon / Telekomünikasyon İdareleri

İnternet, kullanıcılara genel haberleşme kanallarından yararlanarak bilgi iletişimi sağlayan bir sistemdir ve kullanılan kanallar, her ülkenin ilgili mevzuatı çerçevesinde ulusal telekomünikasyon idarelerinin kontrolü altında tuttuğu telefon hatlarından oluşur. İnternet servis sağlayıcılar internete bağlantıyı sağlayabilmek için kullanacağı hatları elde etmek üzere önce yerel telekomünikasyon kuruluşları ile anlaşma

¹⁵ Işıklı, Hasibe, *İnternet Alan İsimleri Sistemi - Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki*, DPT Yayınları, Ankara 2001, s. 8.

yapmak zorundadırlar. Telekomünikasyon idaresinin fonksiyonu tamamen teknik olup, zorunlu iletişim altyapısının, belirli şartlar altında, ISS girişimcisine tahsis edilmesinden ibarettir. Türkiye’de 406 sayılı Posta ve Telgraf Kanunu ve 2813 sayılı Telsiz Kanunları hükümleri açısından telekomünikasyon hizmeti devlet tarafından üstlenilmiş olan bir kamu hizmetidir ve halen Türk Telekom tarafından ifa edilmektedir.¹⁶

2. İnternet Servis Sağlayıcılar - İSS’ler¹⁷ (Internet Service Providers - ISPs)

Geniş anlamda internet hizmeti sunan herhangi bir oluşuma internet servis sağlayıcı denilebilir. Bu tanım çerçevesinde çevirmeli internet erişimi sunan bir işletmeciden, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği’ne kadar internet hizmeti veren her kuruluş İSS olarak görülebilir. Ancak sıkça kullanılan anlamıyla internet servis sağlayıcı kavramı “İnternet Erişim Sağlayıcı” kavramına karşılık gelmektedir.¹⁸

İnternet servis sağlayıcılar, kendisine ait bilgisayar donanımı ve yerel şebekeden kiraladığı hatlar aracılığı ile kullanıcıları yerel ve uluslararası internet omurgalarına taşımak işini yerine getirirler. Bir başka deyişle, kendi bilgisayarlarını kullanıcıların internete ulaşabilmeleri için bir giriş kapısı olarak hizmete sunan internet sujesine verilen isimdir. İSS’ler insanların internete bağlanmalarını, internet üzerinden iletişim kurmalarını ve internetin sağladığı olanakları kullanmalarını sağlayan aracı unsurdur.¹⁹ Siber uzay ifadesi ilk kez 1980’li yılların başlarında William Gibson adlı kişinin “*Neuromancer*” isimli romanında geçen “*cyber space*”²⁰ kavramı ile karşımıza çıkmıştır. İnternet siber uzayda insanların birbirleriyle iletişime geçtikleri sonsuz bir iletişim platfor-

¹⁶ Güran, Sait ve Diğerleri; *İnternet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni*, İstanbul 2000.

¹⁷ Makalede İnternet Servis Sağlayıcıları karşılığı olarak “İSS’ler” kısaltması kullanılacaktır.

¹⁸ Güngör, Müberra - Evren, Gökhan, “İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri”, *Telekomünikasyon Kurumu*, Ankara 2002, s. 7.

¹⁹ Güran ve diğerleri, s. 18.

²⁰ “Cyber” kelimesi “cyber-space” kavramından esinlenilerek kullanılmaya başlanmıştır. Siber Uzay (Cyberspace) kavramı ilk defa bilim kurgu yazarı William Gibson tarafından “*Neuromancer*” isimli kitabında kullanılmıştır. Gibson, William, *Neuromancer*, Grafton Books, Collins Publishing Group, London 1984, s. 8; Türkçe çevirisi için bkz., Gibson, William, *Neuromancer*, (Çev. Melike Altıntaş), Sarmal Yayınevi, 1998; Siber Uzay (Cyberspace) elektromanyetik güdülerden oluşan sanal bir ortamın özet

mudur. Kullanıcıları siber uzay denilen ortama aktararak internet ağına bağlanmayı sağlayan araçlar ise internet servis sağlayıcılardır. İnternet Servis Sağlayıcılar olmaksızın kişinin internete bağlanması mümkün olmayacaktır. Böylece İSS'ler internete bağlanmada köprü vazifesini görürler.

İnternet servis sağlayıcılar internete erişim hizmeti (mere conduit) ile birlikte ön belleğe alma (caching), barındırma (hosting), sunucu kiralama (leased server), elektronik posta, alan adı temini ve web sayfası hazırlama gibi ek hizmetler de sunabilirler.²¹

3. İnternet İçerik Sağlayıcılar (Internet Content Providers)

İnternet içerik sağlayıcılar, internette erişimi mümkün herhangi bir web sitesinin içeriğinin oluşmasına bilgi aktarımı yolu ile katkıda bulunan kurum, kuruluş ve bireylerdir. Bu bilgi aktarımı web sayfası sahibi tarafından aktarım, internet ortamına bilgi yükleme (uploading) gibi değişik yöntem ve şekillerde gerçekleştirilir.

4. İnternet Erişim Sağlayıcılar (Internet Access Providers)

Çoğu zaman İnternet servis sağlayıcı ile aynı anlamda kullanılmakta ve fakat sadece internete erişim sağlamak fonksiyonu görmekle internet servis sağlayıcısından ayrılan hizmetler yürütürler. Yani erişim sağlayıcılar sadece internet erişimi (mere conduit) hizmetini yerine getirirler.

5. Sunucu (Server)

Serverlar dijital bilgileri kapasiteleri oranında depo ederek diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bilgisayarlar ya da programlardır. İnternet servis sağlayıcıları üstlendikleri hizmetleri yerine getirebilmek

tanımlamasıdır. Daha açık olarak Siber Uzay (Cyberspace) bilginin elektromanyetik formda oluşturulması ile başlayıp dünyanın dört bir yanını kuşatan çeşitli sistemler vasıtasıyla (örneğin ağ sistemleri, telefon hatları ve uydular gibi) bilgiye erişimin sağlandığı sanal ortamın bütünüdür. "Cyber" eki aynı türdeki başka kelimelere eklenmek suretiyle internet ile bağlantılı kavramları belirtmek için kullanılmaktadır.

²¹ Akgün, Kemal - Işık, Hasibe - İnce, Murat - Pekşirin, Hülya, *İnternet Yayıncılığı ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları, Genel Politikalar ve Düzenleme Önerileri*; <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000086-yazi.htm> (Mayıs 2005).

için serverları kullanırlar. Özel ve kamu kurum ve kuruluşları da kendi yerel serverlarını kurarak kendilerine ait bilgileri saklayabilirler. Kendi bilgisayarını server olarak kullanan kişi bu bilgileri internet ortamında kullanabilmek için ya kendisi servis sağlayıcı hizmeti görecektir ya da bir başka internet servis sağlayıcının hizmetinden yararlanacaktır.

III. İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ HUKUKİ SORUMLULUKLARI

İSS'ler, kullanıcıların internete erişimini sağlayan ve/veya elektronik hizmetlerin, kullanıcıların kullanımına sunulmasına aracılık eden gerçek veya tüzel kişilerdir. İnterneti etkin ve yararlı bir biçimde kullanmak suretiyle bilgi toplumunu oluşturacak gerçek ya da tüzel kişilerin her birini ise kullanıcı olarak tanımlayabiliriz. İSS'lerin sorumlulukları ifa ettikleri hizmetin niteliği esas alınarak belirlenmeye çalışılmaktadır. Salt internete erişim hizmeti (mere conduit) yapan İSS ile erişim hizmeti ile birlikte içerik de hazırlayan İSS'nin sorumlulukları farklı değerlendirilecektir. İSS'ler kullanıcıları siber uzaya taşıyan 'uzay aracı' konumundadırlar. Dolayısıyla siber uzayda hak ihlallerine yol açacak unsurları taşımakta gerekli özeni göstermemesi durumunda sorumlu olmaması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Ancak bu sorumluluğun belirlenmesinde de içerik üzerinde hiçbir tasarrufta bulunmadan sadece erişim hizmeti sağlayan İSS'lerin sorumlulukları hafif düzeyde tespit edilerek bir çözüme gidilmeye çalışılacaktır. 21. yy'nin en önemli paradigma değişikliği olan internetin²² gelişimi ve özgürlükçü karakterini muhafaza etmesi de hiç şüphesiz yasal düzenlemelerle doğrudan ilgilidir. İSS'lerin her türlü hukuka aykırılıktan birinci derecede sorumlu tutulması İSS'lerin internete erişim hizmetlerini yerine getirmesini engelleyebilecektir. İSS'lerin sorumluluğu gazete, dergi ve kitap yayıncılarının sorumluluğundan farklıdır. Yayıncı kişiler olmasa dahi kişi kendi basımını kendisi yaptırarak yayın hayatına girebilir. Üstelik yayıncı ve kendi basımını yapan kişi içerik üzerinde doğrudan kontrol imkanına sahiptirler. Oysa internet kullanıcıları İSS'ler olmaksızın internet erişiminden faydalanamazlar. Salt erişim olanağı sağlayan İSS'nin ise içerik üzerinde kontrol imkanı yoktur. İSS'lerin sorumlulukları basılan eserleri dağıtanlar ve satışa sunanlar gibi ikinci dereceden bir sorumluluk olarak

²² Güran ve diğerleri, s. 1.

düşünülmelidir. Yani salt erişim hizmeti veren İSS'lerde dağıtıcılar ve satışa arzedenler gibi içerikte bulunan hukuka aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde sorumlu olacaklardır. İSS'ler kendileri bizzatihi içerik sağlayıcı olduklarında ise sorumlulukları birinci dereceden sorumluluk olacak ve yayıncılar gibi sorumlu olacaklardır.

İnternet servis sağlayıcıların yerine getirdikleri hizmetlere göre sorumluluklarını şöyle inceleyebiliriz:

3.1. Erişim Hizmeti

3.1.1. Basit İletim (Mere Conduit)

İnternetin ilk ve temel hizmeti kullanıcıların internete bağlantısını sağlamaktır. İSS'lerin sadece bağlantı sağlaması Avrupa Birliği'nin 8 Haziran 2000 tarih ve 200/31 sayılı direktifinde²³ *"mere conduit"*²⁴ olarak ifade edilmiştir. Tam adı *"İç Piyasada, başta Elektronik Ticarete, Bilgi Toplumu Servislerinin Belirli Hukuki Durumları Hakkında 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi"* olan ve kısaca *"2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi"* olarak bilinen direktifin²⁵ dördüncü bölümünde *"Aracılık Eden Servis Sağlayıcıların Sorumlulukları"* başlığı ile 12, 13, 14 ve 15. maddelerinde internet servis sağlayıcıların sorumluluğu düzenlenmiştir. Direktifin 12. maddesi *"Mere Conduit"* başlığı ile *"salt erişim"* hizmeti gören servis sağlayıcıların sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre:

Bilgi toplumu servisi, bir servis alıcısı tarafından sağlanan bilgi iletişim ağındaki veya iletişim ağına erişimi temin etmesinden dolayı meydana gelen fiilden, Üye devletler aşağıdaki koşullarda servis

²³ Directive 200/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Aspect of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce), http://europa.eu.int/eurlex/pri/en/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717en00010016.pdf (Haziran 2005).

²⁴ Conduit kelimesi latince conduct kelimesinden türemiştir. İngilizce conduct kelimesi *"transmit energy"* yani enerjinin taşınması, iletimi anlamında da kullanılmaktadır. Conduit kelimesi ise sıvıların taşındığı kanal, bilginin iletilmesi anlamlarında kullanılmaktadır. Bkz., MSN Encarta Dictionary, http://encarta.msn.com/dictionary_1861599439/conduit.html (Haziran 2005), Mere Conduit ise sadece iletim veya erişimi ifade etmek için kullanılmaktadır.

²⁵ Bundan sonra Direktif denildiğinde kastedilen AB'nin 200/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Direktifi olacaktır.

sağlayıcıların iletilen bilgi nedeniyle sorumlu olmayacaklarını temin edeceklerdir:

- a. İletiyi başlatmamış ise;
- b. İletinin alıcısını seçmemiş ise; ve
- c. İletideki bilgiyi seçmemiş ve değiştirmemiş ise,

dolayısıyla internet servis sağlayıcılar iletilen içeriği oluşturan değilse, iletilen bilginin kime ulaşacağı konusunda bir rol oynamamışsalar ve iletiyi de başlatan değil iseler sorumlu olmayacaklardır. Ayrıca bilgiye erişimde sadece iletinin taşınması amacıyla yapılmış olan bilginin ileti için gerekli olan -makul süreden daha fazla bir süre depolanmamış olması şartıyla- iletilen bilginin otomatik, ara seviyede ve geçici depolanması halinde de internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna gidilemeyecektir (2000/31/EC m. 12/2). Ayrıca direktifin 12/3 maddesi ile internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna bu hallerde gidilememesi, Üye devletlerin hukuk sistemlerine göre, bir mahkeme veya idari makamın, servis sağlayıcıdan tecavüzün önlenmesi veya sonlandırılmasını talep hakkını önlemeyecektir.

İnternetin yeni telif hakkı ihlallerini ortaya çıkarmasından sonra telif hakları konusunda da dünyada Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organisation - WIPO) öncülüğünde çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmaların sonucunda 20 Aralık 1996 tarihinde WIPO Fikir Hakları Andlaşması (WIPO Copyright Treaty - WCT)²⁶ ve WIPO İcralar ve Plaklar Andlaşması (WIPO Performances and Phonograms Treaty - WPPT)²⁷ kabul edilmiştir. Bu andlaşmaların ardından ülkeler de kendi ulusal mevzuatlarını bu andlaşmalarla uyumlu hale getirmek için fikri hak kanunlarında değişiklikler yapmışlardır. ABD 28 Ekim

²⁶ Andlaşma metni için bkz., WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf (Ocak 2005) Andlaşmaya Ocak 2005 itibariyle elli ülke katılmıştır. Türkiye henüz bu andlaşmayı onaylamamıştır. Bkz., WIPO, http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=17 (Ocak 2005).

²⁷ Andlaşma metni için bkz., WIPO Performances and Phonograms Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996, http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/pdf/trtdocs_wo034.pdf (Haziran 2005) Andlaşmaya Ocak 2005 itibariyle 47 ülke katılmıştır. Türkiye henüz bu andlaşmayı onaylamamıştır. Bkz., WIPO, http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=B&bo_id=18 (Ocak 2005).

1998’de Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu (Digital Millennium Copyright Act - DMCA)’nu²⁸ kabul etmiştir. Avrupa Birliği’nde de 22 Mayıs 2001’de 2001/29/EC sayılı Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Direktifi²⁹ kabul edilmiştir.

ABD Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu Başlık II’de 512. maddesi ile İSS’nin telif hakkı sorumluluğunu düzenlemiştir. İSS’lerin sorumluluğunun sınırları dört başlık altında düzenlenmiştir.

- İletişimin aktarılması,
- Ön belleğe alma,
- Bilginin sistem veya ağ üzerinde depolanması,
- Her türlü bağlantı,

iletişimin aktarılması yalnızca erişim (data conduit) ve bilginin otomatik süreçlerle taşınmasını kapsamaktadır. Digital Milenyum Kanunu’nun 512(a) maddesinde düzenlenen bent uyarınca İSS’nin sorumluluğunun sınırlandırılması şartları şunlar olacaktır:

- İletimin İSS dışında bir kişi tarafından başlatılmış olması
- İletimin, yönlendirme, bağlantı hazırlıkları veya kopyalama işlemlerinin İSS’nin seçimi olmaksızın, otomatik teknik bir süreçte gerçekleştirilmesi
- İSS, iletinin alıcılarını belirmemelidir.
- Ara kopyalar öngörülen alıcılar dışında hiç kimse tarafından ulaşılabilir olmamalı ve makul süreden daha uzun şekilde sistemde tutulmamalıdır
- İleti içeriğinde hiçbir değişiklik yapılmadan iletilmelidir.

Bu şartlara uyan İSS’lerin telif hakkı ihlallerinden dolayı bir sorumluluğu doğmayacaktır. Çünkü bu hallerde İSS, içerik üzerinde etkili değildir. İSS yalnızca erişim sağlayan konumundadır. ABD’de bu dü-

²⁸ Kanun metni için bkz., *The Digital Millennium Copyright Act Of 1998*, December 1998, <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (Ocak 2005).

²⁹ Directive 2001/29/EC Of The European Parliament and Of The Council Of 22 May 2001 on the Harmonisation Of Certain Aspects Of Copyright And Related Rights in The Information Society, http://europa.eu.int/information_society/topics/multi/digital_rights/doc/directive_copyright_en.pdf (Ocak 2005).

zenleme yapılmadan görülen bir davada da dava benzer argümanlar esas alınarak çözülmüştür. Davada³⁰, davalı Netcom servis sağlayıcı hizmetleri vermektedir. Olayda mahkeme servis sağlayıcının sadece erişim (mere conduit) hizmeti sağladığına karar verdi. İSS, sistemi kurmuş ve sistem otomatik olarak gelen iletileri aktarmaktadır. Bu aktarım sırasında mesajların geçici olarak tutulması da sadece erişim kapsamındadır. İSS, kopyalamayı başlatmamıştır, sistem kendi kendine işlemektedir. Mahkeme, bu şekilde hizmet veren servis sağlayıcının sorumluluğunu kamuya açık bir fotokopi makinasında telif hakkı ihlaline yol açacak şekilde çoğaltma yapılmasından fotokopi makinası sahibinin direkt olarak sorumlu tutulamamasına benzetmiştir. İSS’de eğer ihlalin farkındaysa veya ihlale yardım etmiş ise o takdirde İSS’nin de sorumluluğu gündeme gelecektir.

3.1.2. Ön Belleğe Alma (Caching)³¹

Caching, erişilen web nesnelerinin ön bellekte tutulmasıyla ağ performansının artırılmasını sağlar. Caching³² işlemi intranet ve internet için kullanılabilir. Ön bellek (cache memory), ana bellek ile merkezi işlem birimi arasında görev yapan ve ana bellekten çok daha hızlı olan bir bellektir. Bu bellek birimi; işlem esnasında çok sık kullanılan komutlar için bir yaz - boz tahtası gibidir. Bilgilerin sürekli ana bellekten aktarımı yerine ön bellekte geçici olarak tutulan bilgilerden de alınması yolu ile bilgisayarın hızını artırır. Geçici bir işlem olan ön belleğe alma (caching) de bu yönüyle salt erişim (mere conduit) gibidir. Direktif’in 13. mad-

³⁰ Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, 907 F. Supp. 1361 (N. D. Cal. 1995), http://www.lounry.com/cases/RTC_v_Netcom.html, Markus Lubitz, Liability of Internet Service Providers Regarding Copyright Infringement-Comparison of U. S. and European Law, International Review of Industrial Property and Copyright Law, Volume 33, No. 1/2002, p. 27.

³¹ Caching için “ön belleğe alma” terimi kullanılmaktadır. Bkz., *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, http://eski.tbd.org.tr/ing_turk.html ve <http://sunsite.bilkent.edu.tr/pub/linux/linux-tr/yarim/bts.html> (Ocak 2005).

³² Ön belleğe alma yapılan işlemin niteliğine göre forward caching, revers caching ve distributed caching olarak üçe ayrılır. Forward caching işlemi (ileri ön belleğe alma), iç istemcilerin internet üzerindeki adresleri erişimini hızlandırır. Sık istenen nesneler merkezi bir ön bellekte tutulur ve diğer istemcilerin buradan erişimi kolaylaşmış olur. Reverse caching işlemi (tersine ön belleğe alma) ise, dış istemcilerin web üzerindeki kaynaklara erişimini sağlar. Distributed caching (dağıtımli ön belleğe alma) işlemi ise birden çok sunucu arasında yük dengelenmesini sağlar. Bkz., ISA Servis Kurulumu, <http://www.bilgisayarlisesi.com/isaserverkurulumu.asp> (Mayıs 2005).

desinde ön belleğe alma, alıcıların talebi üzerine, bilginin onlara daha etkin bir şekilde iletilmesi amacıyla gerçekleştirilen otomatik ve geçici depolama olarak açıklanmıştır. Bu depolamanın basit iletimden (mere conduit) farkı bilginin depolanması süresinin 12. maddede belirtilen makul süreyi aşmasıdır. Direktifin 13. maddesi ile:

Bilgi toplumu servisi, servis alıcısı tarafından sağlanan bilgi iletişim ağındaki iletiden meydana gelmiş ise, Üye devletler aşağıdaki koşullarda servis sağlayıcıların, servisteki diğer alıcıların talebi üzerine, ön belleğe alma (caching) işleminden sorumlu olmayacaklarını temin edeceklerdir:

- a. Sağlayıcı bilgiyi değiştirmemiş ise,
- b. Sağlayıcı bilgiye erişim şartlarını uygun davranmış ise,
- c. Sağlayıcı, endüstri tarafından geniş çapta kullanılan ve benimsenen şekliyle, bilginin güncelleştirilmesiyle ilgili kurallara uygun hareket etmiş ise,
- d. Sağlayıcı, bilginin kullanımında veri elde etmek için, endüstri tarafından geniş çapta kullanılan ve tanınan teknolojinin yasal kullanımına müdahale etmemiş ise,
- e. Sağlayıcı, iletinin ilk yayın kaynağındaki bilginin ağdan çıkarıldığını veya erişimin engellendiğini öğrendiğinde veya bir mahkeme veya idari makam bu yönde bir emir verdiğinde, derhal depoladığı bilgiye erişimi engellemiş veya bilgiyi çıkartmışsa,

Ön belleğe alma durumunda İSS, bilginin depolanması işlemini makul süreyi aşacak şekilde yerine getirmektedir. Dolayısıyla burada İSS'nin bilgiyi güncelleme veya erişimin engellendiği veya bilginin ağdan çıkarıldığını şu veya bu şekilde öğrendiğinde bilgiyi derhal çıkartması öngörülmüştür.

Ayrıca Direktif'in 13. maddesinin ikinci fıkrası ile aynı 12. maddede olduğu gibi internet servis sağlayıcıların sorumluluğuna bu hallerde gidilememesi, Üye devletlerin hukuk sistemlerine göre, bir mahkeme veya idari makamın, servis sağlayıcıdan tecavüzün önlenmesi veya sonlandırılmasını talep hakkını önlemeyecektir.

Almanya’da da internet servis sağlayıcıların sorumluluğu AB Direktifi ile uyumlu olarak düzenlenmiştir. Alman Teleservis Yasası’nın³³ 5. maddesine göre; *“Hizmet sunan kişiler, sadece erişimini sağladıkları üçüncü şahıslara ait bilgilerin içeriğinden sorumlu değildirler. Kullanıcının talebi olan, 3. şahıslara ait bilgilerin otomatik ve geçici olarak saklanması da erişimi sağlamak olarak kabul edilmektedir. Genel yasalar gereği yasa dışı bilgilerin bloke edilmesi yükümlülüğü, eğer hizmet sunan kişi, söz konusu yasa dışı bilgi konusunda haberdar olursa ve bilginin bloke edilmesi teknik açıdan mümkünse ve hizmet sunan kişiden bekleniyorsa aynen uygulanır.”*³⁴ Dolayısıyla sadece erişim sağlayan ve ön bellekte tutan İSS, Alman Tele Servisler Yasası uyarınca da sorumlu olmayacaktır. İSS’ye yasa dışı bilgi konusunda uyarı yapılması halinde ise İSS içeriği çıkartmalı veya erişimi durdurmalıdır.

ABD’de 1934 tarihli İletişim Kanunu’nun³⁵ 230. maddesine 1996 tarihinde eklenen madde ile *“İnteraktif bir bilgisayar hizmetinin hiçbir sağlayıcısına ya da kullanıcısına, başka bir bilgi içeriği sağlayıcısı tarafından sağlanan herhangi bir bilgi için yayıncı ya da konuşmacı muamelesi yapılamaz”* hükmü konulmuştur. Maddede yapılan İnteraktif bilgisayar hizmetleri tanımı gereği internet servis sağlayıcıları da bu kapsama girmektedir. 8 Şubat 1996’da yürürlüğe giren 230. madde internetin gelişimini amaçlamıştır. Bu nedenle de Kanun düzenlemesinde internet servis sağlayıcıları yayıncı ya da konuşmacı olarak değil, *“genel haberleşme kuruluşu (common carrier)”* gibi kabul edilmiştir. Birleşik Devletlerde görülen bir davada İletişim Kanunu’nun 230. madde uygulaması ifade özgürlüğüne çevrimiçi (online) alanda yani siber uzayda daha büyük bir koruma getirmiştir. Zeran davasında tartışıldığı gibi, gazetede hakaret içeren bir mektubun yayınlanması sorumluluk doğururken, bu mektubun internet sayfasında yayınlanması halinde servis sağlayıcının bu hakaret içeren mektuptan dolayı herhangi bir sorumluluğuna gidilememektedir. Zeran ile Amerikan Online arasındaki davada bilinmeyen bir kişi AOL’ün ilan tahtasına *“Oklohama City’deki Alfred P. Murrah Federal binasının bombalanması ile ilgili olarak aşağılayıcı ifadeler içeren baskılar yapılmış t-shirtlerin reklamı yapılıyor ve bu t-shirtleri almak isteyenlerin verilen bir numarayı aramaları*

³³ Alman Tele Servisler Kanunu, 1997 tarihli “Bilgi ve Haberleşme Hizmetleri Hakkında Çerçeve Şartlar Hakkında Kanun”un içerisinde düzenlenmiştir.

³⁴ Akgün, Kemal - Işıklı, Hasibe - İnce, Murat - Pekşirin, Hülya, *İnternet Yayıncılığı*, s. 5.

³⁵ Kanun’un tam metni için bkz. Communications Act of 1934, <http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf> (Haziran 2005).

istiyordu.” Oysa bu numara olayla hiç ilgisi olmayan Zeran adlı kişiye aitti. Olayla ilgili tehditler almaya başlayan Zeran, AOL’ü arayarak durumu bildirmesine rağmen ilan uzun süre ilan tahtasından kaldırılmadı. Buna rağmen görülen davada, İletişim Kanunu’nun 230. maddesinin servis sağlayıcıların sorumluluktan bağışıklıklarını getirdiğini belirtilerek Zeran’ın davası reddedildi.³⁶ Bu haliyle servis sağlayıcının yasalara aykırı malzemenin iletiminden haberdar olması durumunda dahi sorumluluğuna gidilemeyecektir. İSS’lerin sorumluluğuna ancak bu içeriği bizatihi kendisi hazırlaması halinde gidilebilecektir.

ABD’de telif hakları ile ilgili de 1998 tarihli Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu’nda 512(b) bendinde ön belleğe alma ile ilgili İSS’lerin sorumluluk şartları belirlenmiştir. 512(b)’ye göre İSS’nin ön belleğe alma (system caching) nedeniyle sorumlu olmaması için aşağıdaki şartları sağlaması gerekir:

- Ön bellekte tutulan içerik değiştirilmemelidir.
 - İSS, iletinin yenilenmesi ile ilgili endüstri data iletim protokolü gereğince genel kabul gören kurallara uymalıdır.
 - İSS, iletiyi gönderen kişilerin web sitelerinin ziyaret edilme sayıları (hit) rakamlarına ulaşmasını engellemeyecektir.
 - İSS, iletiyi gönderen kişi tarafından öngörülen hallerde iletilen materyale ulaşımı şifre vs. koyarak sınırlamalıdır.
 - İSS, telif hakkı sahibinin izni dışında gönderilen materyalin kaldırılması veya bloke edilmesi yönünde yahut materyalin orijinal sitesinden kaldırıldığı veya bloke edildiği yönünde uyarıldığı zaman derhal materyali içerikten kadırmalı veya bloke etmelidir.
- İSS, içeriği ön bellekte tutarken de içerik sağlayan konumunda değildir. İSS, ön bellekte saklanan içerik üzerinde değişiklik yaptığında veya iletinin kaldırılması yönündeki uyarılara rağmen buna uymaması halinde telif hakkı ile ilgili sorumluluk doğabilecektir.

³⁶ Zeran v. America Online, 129 F. 3d 327 (4th Cir. 1997).

3.2. Barındırma (Hosting) Hizmeti

Host kelimesi ağa bağlı bilgisayarlardan server hizmeti gören ana bilgisayarı ifade etmektedir. Hosting ise internet ağına sunulan web sayfalarına alan adları³⁷ yolu ile ulaşılması sırasında web sayfasını kendi bilgisayarında barındırarak alan adının ilgili sayfaya yönlendirilerek ilgili sayfaya ulaşılmasını sağlayan hizmete denilmektedir. Alan adlarının yönlendirdiği sitelere bağlı olarak alınan elektronik postalar için de servis sağlayıcılar benzeri bir barındırma hizmetini sağlamaktadırlar. Burada salt erişim yahut geçici şekilde ön belleğe alma (caching) işleminden daha fazlası söz konusudur. Bilinçli olarak kullanıcılara içeriğin kendi sunucusunda saklanması yolu ile hizmet tedariki yerine getirilmektedir. AB'nin 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 14. maddesi "hosting" başlığı ile düzenlenmiştir. Buna göre internet servis sağlayıcı,

a. Hukuka aykırı eylem veya bilgiyi bilmiyorsa ve tazminat talepleri ile ilgili olarak hukuka aykırı eylem veya bilginin ortaya çıktığı olayların ve durumların farkında değilse;

b. Bu yönde bir bilgiyi öğrenmesi veya farkına varması üzerine derhal bilgiye erişimi engellemişse veya bilgiyi oradan çıkarmış ise,

depolanan bilgi nedeniyle sorumlu olmayacaktır. Dolayısıyla servis sağlayıcılar hukuka aykırı eylem ve bilgiyi biliyorlar ise ve hukuka aykırı eylem veya bilginin ortaya çıktığı olayların ve durumların farkında iseler sorumlu olacaklardır. Ayrıca hukuka aykırı içeriği öğrenmesine rağmen içerikten çıkarmamış ise yine sorumlu olacaktır. İçerik bizzat İSS tarafından sağlanmış ise yani direktifte düzenlendiği şekliyle "servis alıcı kullanıcı, internet servis sağlayıcının kontrolü veya yetkisi dahilinde hareket etmiş ise" servis sağlayıcıların sorumluluğu cihetine gidilecektir. Direktifin 14. maddesinin son fıkrası ile bu maddede düzenlenen haller, üye devletlerin hukuk sistemlerine göre, bir mahkeme veya idari makamın servis sağlayıcıdan tecavüzün önlenmesi veya sonlandırılmasını talep etme imkanını ve ayrıca üye devletlerin bilgiyi çıkartma veya erişimi engellemeyi tesis etme imkanlarını etkilemeyecektir (Direktif 14/3).

³⁷ Domain names (alan adları) siber uzayda ağa bağlı bilgisayarları tanımlamaya yarayan ve internet protokol numaralarına yapılan yönlendirmeye dayalı olarak çalışan alan adları sisteminin ana unsuruna verilen isimdir.

AB 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 15. maddesi ile İSS'ler 12, 13 ve 14. maddeler kapsamındaki hizmetlerin³⁸ sağlanması halinde, ilettikleri veya depoladıkları bilgiyi izleme konusunda genel bir yükümlülük yüklenmeyeceklerdir. Aynı şekilde yasa dışı faaliyeti işaret eden olayları ve durumları araştırma konusunda da aktif bir yükümlülükleri olmayacaktır. Ancak iddia edilen yasa dışı faaliyetleri ve bilgileri yetkili kamu otoritelerine bildirmeye ve onların talebi üzerine de yetkili makamlara kullanıcıların kimliğini belirten bilgileri bildirme yükümlülükleri getirilebilecektir (Direktif m. 15/2).

İngiltere'de 4 Temmuz 1996 tarihinde kabul edilen "*Birleşik Krallık İftira Yasası (The United Kingdom Defamation Act Of 1996)*"³⁹ internet servis sağlayıcıların sorumluluğu ile ilgili hükümler içermektedir. Kanun'un ilk bölümü "*Yayımdan Doğan Sorumluluk*" başlığı ile düzenlenmiştir. Davalı sorumluluktan kurtulabilmek için, herhangi bir iftira davasında yayımın yazarı, editörü veya yayımcısı olmadığını, sözkonusu yayım ile ilgili makul bir sebebi bulunduğunu ve sözkonusu yayımın iftira içerdiğini bilmediğini veya bilmemesinin inandırıcı olduğunu ispatlamalıdır. Burada dikkat edilecek husus Birleşik Devletler İletişim Kanunu'nda düzenlenen sorumluluk ile ilgili olan ispat külfetindeki yer değiştirmedir. Birleşik Devletler İletişim Kanunu'na göre herhangi bir yayımın hukuka aykırı olduğunu iddia eden kişi bunu ispatlayacaktır. Oysa Birleşik Krallık İftira Yasası bu ispat külfetini ters çevirmiş ve davalının kendi sorumsuzluğunu ispatı esas almıştır.⁴⁰ Neşir masumiyeti (Innocent dissemination) olarak da adlandırılan bu hususta⁴¹ Birleşik Devletler ve Birleşik Krallık'da ispat külfeti farklı kişilere yüklenmiştir. Ayrıca İngiltere İftira Yasası'nın 1/3-e bendinde internet servis sağlayıcılar için konulmuş bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre iletimin üzerinde etkin bir denetim yapılmadan gerçekleştirilmesi halinde, sağlayıcı, erişim sağlayıcı veya operatör olarak faaliyet gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmayacaktır. Avrupa Birliği sistemindeki adı ile salt erişim (mere conduit) sağlayan

³⁸ Salt erişim hizmeti (mere conduit), ön belleğe alma (caching) ve barındırma hizmeti (hosting).

³⁹ Kanun metni için bkz., *Defamation Act 1996*, <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts1996/1996031.htm> (Temmuz 2005).

⁴⁰ Stan Morris, *The Importance Of International Laws of Web Publishers*, <http://www.gigalaw.com/articles/2000-all/morris-2000-06-all.html> (Temmuz 2005).

⁴¹ Global Internet Policy Initiative, *Application of Defamation Laws to the Internet*, October 2001, <http://www.internetpolicy.net/practices/libel.shtml> (Temmuz 2005).

servis sağlayıcı sorumlu olmayacaktır. Ancak servis sağlayıcı içerik denetimi yapmış ise bu halde bu maddeden yararlanamayacaktır.

ABD’de 1998 tarihli Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu’nun 512(c) maddesinde İSS’ler bu bend uyarınca sistemde veya ağda kullanıcıların isteği üzerine bilgi bulundurulması halinde şu şartları sağlaması halinde sorumlu olmayacaktır:

- İSS’nin aşağıda belirlendiği şekliyle ihlal eylemine ilişkin yeterli bilgi seviyesine sahip olmaması gerekir. Bu haller;

- a. İSS’nin ihlal eylemini kontrole hakkı veya olanağı varsa, bu halde İSS ihlal eyleminden kaynaklanan bir finansal fayda sağlamamalıdır.

- b. İSS, telif hakkı ihlaline ilişkin bir geçerli bir uyarı (proper notification) aldığında derhal iletiyi bloke etmeli veya kaldırmalıdır. (notice and takedown procedure)

İSS’nin barındırma halinde dahi sorumluluğu bu ihlalin farkında olmasına bağlanmıştır. Ayrıca ihlale ilişkin bir uyarı aldığında İSS kayıtsız kalırsa yine sorumlu olabilecektir. Kanun’un düzenlemesi uyarınca her uyarı da İSS’nin sorumluluğuna yetmeyecektir. İSS’nin sorumluluğuna yol açabilecek uyarının “geçerli nitelikte bir uyarı” olması gerekir. Geçerli uyarı, resmi belgelere dayanan, ihlale uğramış materyali yeterli ölçüde tanımlayıcı, imzalı ve yazılı bir dilekçe ile yapılmış ve şikayetçi tarafın adresini ve hak sahibi adını davranmaya yetkili olduğunu ve hak sahibinin materyalin kullanımına izin vermediğini bildirir belgeleri kapsayan uyarıdır.⁴² Ayrıca her uyarıda bulunan kişinin hak sahibi olmayabileceğinden hareketle kullanıcı için de ‘karşı uyarıda bulunma hakkı’ getirilmiştir. Buna göre kullanıcı karşı uyarıda bulunur ve telif hakkı ihlal olduğunu iddia eden kişi de dava açmamış ise İSS bu halde on - on dört iş günü içinde iletiyi yeniden erişime açacak ya da blokeyi kaldıracaktır.⁴³

İSS’lerin telif hakkı ihlallerinden haberdar olabilmeleri de Telif Hakkı Ofisi’ne yapılacak ve Telif Hakkı Ofisi’nin web sitesinden temin edilebilecek talep formu ile gerçekleşecektir. Bu şekilde İSS’lerin telif hakkı ihlallerinden haberdar olabilmeleri için birer temsilci atanacaktır.

⁴² Akgün, Kemal - Işıklı, Hasibe - İnce, Murat - Pekşirin, Hülya, *İnternet Yayıncılığı*, s. 13.

⁴³ Sevi, Nüket Evrim, “İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu”, *BATİDER*, Yıl: 2004, C. XXII, S. 3, s. 218.

ABD Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu'nun 512(d) maddesinde de İSS'ların telif hakkı ihlallerine yol açacak şekilde başka web sitelerine bağlantı (link) sağlaması halinde sorumlulukları düzenlenmiştir. Buna göre İSS'lerin link vermekten dolayı sorumlu olmamaları için şu şartları sağlamaları gerekecektir:

- İSS'nin link verilen web sitesinde telif hakları ile ilgili ihlal olduğuna ilişkin 'yeterli bilgi düzeyine' sahip olmaması gerekir. Eğer İSS'ler telif hakkının ihlal edildiğinin farkındaysalar sorumlu olabileceklerdir.
- İSS'nin ihlal eylemini kontrole hakkı veya olanağı varsa, bu halde İSS ihlal eyleminden kaynaklanan bir finansal fayda sağlamamalıdır.
- İSS ihlal iddiasına ilişkin geçerli bir uyarı aldığında iletiyi derhal bloke etmeli veya kaldırmalıdır. Aksi takdirde İSS sorumlu olacaktır.

Avrupa Birliği'nin ve ABD'nin İSS'nin sorumlulukları ile ilgili düzenlemeleri benzer yaklaşımlar göstermektedir. İki düzenleme de 1996 tarihli WIPO Fikir Hakları Andlaşması (WCT) gereğince yapılmıştır. WIPO Fikir Hakları Andlaşması'nın *"Teknolojik yöntemlere ilişkin yükümlülükler"* başlıklı 11. maddesi *"Akit taraflar, bu Andlaşma ya da Bern Sözleşmesi ile tanınan hakların eser sahipleri tarafından kullanımı ile ilgili olarak, yasaların izin vermediği ya da ilgili eser sahiplerinin yetki vermediği durumlarda, teknolojik yöntemlerin haksız kullanımına karşı etkili yasal önlemler ve yeterli yasal koruma öngörecektir."* hükmünü getirmiştir. Taraf ülkelerde WIPO Fikir Hakları Andlaşması'nın tespit ettiği genel ilkeler çerçevesinde ulusal mevzuatlarını düzenlemişlerdir.

3.3. Elektronik Posta Hizmetleri

Elektronik posta, internet kullanıcılarının herhangi bir sunucuyu kullanarak ağ üzerinden başka kullanıcılarla iletişime geçebilmesini sağlayan elektronik mesaj iletişim sistemidir. Elektronik postalar yolu ile de gerek telif hakları gerekse hakaret içeren ifadeler yolu ile sorumluluk doğabilecektir. Burada elbette asıl sorumlu kişi elektronik postayı gönderen kişi olacaktır. Elektronik posta hizmetleri de internet servis sağlayıcıların sağladıkları hosting (barındırma) hizmetleri ile sağlanmaktadır. Ayrıca kimi elektronik postalar elektronik posta gruplarına gönderildikten sonra ön bellekte saklanmaktadır. Bu şekilde hukuka aykırı elektronik postayı sunucusunda barındıran İSS'ler de sorumlu olabilecektir. Ancak

salt iletim vazifesi gören servis sağlayıcının e-postalardan herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır. AB'nin 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 12. maddesindeki sorumsuzluk şartları burada da geçerli olacaktır. İletiyi başlatmayan, iletinin alıcısını seçmeyen ve iletideki bilgiyi seçmemiş ve değiştirmemiş olan İSS, sorumlu olmayacaktır. Yine ilgili Direktif'in 13. maddesindeki gibi sağlayıcı iletinin ilk yayın kaynağındaki bilginin ağdan çıkarıldığını veya erişimin engellendiğini öğrendiğinde veya bir mahkeme veya idari makam bu yönde bir emir verdiğinde derhal depoladığı bilgiye erişimi engellemiş olmalı veya bilgiyi çıkartmalıdır. Aksi halde hukuka aykırı e-postadan dolayı sorumlu olabilecektir. İSS e-posta yolu ile hukuka aykırı ihlallerde hukuka aykırılık kendisine bildirildiği zaman içeriği çıkartmalı ve kendisinden bilgi isteyen kamu otoritelerine ilgili bilgileri vermelidir. İstenmeyen e-postalar olarak bilinen spamlerde de kanuni makamlardan gelen durdurma kararlarını uygulamalı ve istem dışı mesaj gönderen kişilerin hizmetlerini durdurmalıdır. 2000/31/EC sayılı AB Direktifi 7. maddesi ile *"Elektronik posta yoluyla talep edilmemiş ticari iletişime izin veren üye devletler, kendi ülkelerinde yerleşik bir hizmet sunucu tarafından sunulan bu ticari iletişimin alıcı tarafından alınır alınmaz açıkça ve belirsizliğe yer vermeyecek biçimde belirlenebilir olmasını temin edeceklerdir."* Ayrıca Direktif'e göre üye devletler elektronik posta yoluyla talep edilmemiş ticari iletişim sağlayan hizmet sunucuların, bu tarz ticari iletişim almak istemeyen gerçek kişilerin kendilerine kaydedebilecekleri kayıtlara düzenli biçimde başvurmalarını ve bunlara riayet etmelerini sağlayacaklardır (Direktif m. 7/2).

Birleşik Devletler'de 20 Ekim 1999'da kabul edilen ve 2000 yılında yürürlüğe giren *"Talep Edilmeyen Ticari Elektronik Postalar Yasası (Unsolicited Commercial Electronic Mail Act of 2000"*⁴⁴ da bu konuda çeşitli hükümler öngörmüştür. Kısaca *"HR 3113 sayılı Yasa"* olarak bilinen kanun ile istem dışı mesaj üzerinde geçerli bir iade adresi bulunması ve göndericilerin, alıcıların *"listeden çıkarılma (opt-out)"* isteklerini gecikmeksizin yerine getirmeleri şart koşulmuştur. Elektronik postaların başlığında sahtecilik yasaklanmıştır. İSS'lerin de kullanıcıların istem dışı mesaj gönderilmemesi taleplerini dikkate almaları ve mesaj filtreleri kullanmaları öngörülmüştür. İnternet servis sağlayıcılar da istem dışı mesajlarla ilgili davalar açabileceklerdir. Birleşik Devletler'de spam e-maillerle ilgili kabul edilen bir başka yasa da *"Talep Edilmeyen Pornog-*

⁴⁴ Kanun için bkz., HR, 3113, http://law.spamcon.org/us-laws/us/hr3113_passed.pdf (Temmuz 2005).

rafik ve Pazarlama İçerikli Elektronik Postaların Saldırılarına Karşı Korunma Kanunu-Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003"dur.⁴⁵ Bu Kanun kısaca "*CAN Spam Act of 2003*" olarak da bilinen ve istenmeyen e-postalar konusunda düzenlemeler getiren bir kanundur. Bu Kanun ile de İSS'lerin spam filtreleri kullanmaları ve kendisinden istenen bilgileri vermeleri hususu düzenlenmiştir.

3.4. Haber Grupları, Forumlar ve Sohbet Odaları

Haber grupları, belirli konularda tartışma yapmak için internete bağlı olan herkes tarafından gönderilebilen mesajlardan oluşan forumlardır. Haber gruplarının oluşturulmasında en yaygın olarak kullanılan bilgisayar ağı Usenet ağıdır. İsteyen herkes bu ağa katılarak mesaj atabilir. Haber grupları genellikle belirli ana başlıklar halinde konulara ayrılarak forumlar düzenler. Bu şekilde mesajların konu bütünlüğü içinde dağıtılması ve sınıflandırılabilmesi sağlanır.⁴⁶ Elektronik postalarda bulunan şahsa gönderme ve gizlilik bu gruplarda yoktur. Atılan bir görüş herkes tarafından okunabilir. Bazı sistemlerde gönderilen mesajlar içerik denetiminden geçirilirler ve daha sonra foruma konulurlar. Forumlar haber grupları içinde oluşturulmuş konu bütünlüğüne sahip tartışma ortamlarıdır. Bilgisayar ilan tahtası sistemleri (Bulletin Boards System) ise haber gruplarının bir çeşididir. Panoya bırakılan mesajlar herkes tarafından okunabilir. Bu sistem yolu ile sınırsız bilgi akışı sağlanmaktadır. Sohbet odaları ise birçok kişinin aynı anda interaktif bir ortamda mesajlaşabildiği yerlerdir. Özel odalar tabir edilen yerlerde daha düşük katılımlı sohbetler yapılabilmektedir. Haber gruplarında atılan mesaj çoğunlukla herkese hitap ederken burada ikili sohbetler tercih edilmektedir. Ancak atılan mesajı herkes okuyabilmektedir.

ABD'de görülen bir davada davacı Oakmont şirketi, ilan panosuna gönderilen mesajların şirket ve şirket başkanı Daniel Porush hakkında yanlış, yanıltıcı ve hareket içeren ifadeler içerdiğini belirtmişlerdir. Mahkeme yaptığı incelemede "*Money Talk (para konuşur)*" adlı ilan panosuna üçüncü kişi tarafından gönderilen mesajların davacının şeref ve

⁴⁵ Kanun için bkz., *CAN Spam Act of 2003*, <http://www.spamlaws.com/federal/108s877.html> (Temmuz 2005) Bu Kanun 16 Aralık 2003'da kabul edilmiş ve 1 Ocak 2004'de yürürlüğe girmiştir.

⁴⁶ Bkz., Tanımlar, <http://www.belgeler.org/arsiv/archive-hii-what-is.html> (Haziran 2005).

haysiyetini ihlal ettiğini, davalı Prodigy Servis Şirketi'nin bir çok defalar açıkladığı ve vurguladığı üzere atılan mesajların denetimini yaptığını, içeriğini kontrol ettiğini belirtmiştir. Davalı şirket bunu gazetelerde kendi görevlileri tarafından yazılan yazılarla da deklare etmiştir. Mahkeme içeriği kontrol eden davalı şirket Prodigy'nin bir dağıtıcı değil, yayıncı gibi sorumlu olacağını belirterek servis sağlayıcı Prodigy'nin sorumluluğuna gitmiştir.⁴⁷

Bir başka davada ise servis sağlayıcıların sorumluluğunun sınırlarını çizmesi açısından önemli bir karar verilmiştir. Bu olayda davalı ComputerServe şirketi, kendi oluşturduğu forum içinde gazetecilikle ilgili "*Rumorville*" adında bağımsız bir forumu Cameron Communications adlı şirket ile anlaşma yaparak forumun yönetimini bu şirkete bırakmıştır. Don Fitzpatrik adlı bir kişi forumun yayıncısı konumundadır. Forumun kontrol ve yönetiminin bırakıldığı Cameron Communications şirketi ile ComputerServe şirketi arasında bir alt şirket yahut başka herhangi bir ilişki söz konusu değildir. Bu anlaşma ile gazetecilik ile ilgili olan "*Rumorville*" forumunun kontrolü tamamen Cameron Communications'a geçmiştir. Davacı Cubby Inc. ve Robert Blanchard ise elektronik ortamda haber, televizyon ve radyoda dedikoduların yayım ve dağıtımını için bir bilgisayar veritabanı geliştirmişlerdir. Skuttlebut adını verdikleri bu veri tabanını "*Rumorville*" adlı forumda tanıtmak ve kullanıcıları bilgilendirmek istemişlerdir. Ancak davacıların iddialarına göre forumda kendi geliştirdikleri veri tabanları hakkında yalan ve hakaret içeren yayınlar yapılmış, ComputerServe şirketi ise bunu forum alanına taşımıştır. Ancak yapılan incelemede mahkeme, ComputerServe şirketinin söz konusu forum ile ilgili kontrol hakkını devrettiğini, burada servis sağlayıcı şirketen yayın üzerinde kütüphane, gazete ya da kitapçı gibi dağıtımçı olduğunu ve kontrol imkanına sahip olmadığını belirterek davayı reddetmiştir.⁴⁸

ABD'de görülen bir başka dava ise telif hakları ile ilgilidir. 1993'de verilen karara 1998 tarihli Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu uygulanmamıştır. Davalı Frena servis sağlayıcı hizmetleri vermektedir. Dava-

⁴⁷ Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co., 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229, 1995 WL 323710, 23 Media L. Rep. 1794 (N. Y. Sup. Ct. May 24, 1995), <http://www.tomwbell.com/NetLaw/Ch04/Stratton.html> (Temmuz 2005).

⁴⁸ United States District Court For The Southern District OF New York 776 F. Supp. 135; 1991 U. S. Dist. LEXIS 15545; 19 Media L. Rep. 1525 October 29, 1991, http://people.hofstra.edu/faculty/peter_j_spiro/cyberlaw/cubby.html (Temmuz 2005).

lı bilgisayar mesaj panosunda Playboy dergisine ait orijinal fotoğrafları yayınlamaktadır. Siteye giren herkes bu fotoğraflara ulaşabilmektedir. Mahkeme Birleşik Devletler Telif Kanunu'nun 501. maddesi gereğince İSS'nin sorumluluğuna hükmetmiştir.⁴⁹

Avrupa Birliği düzenlemesinde de 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 15. maddesi ile İSS'leri basit iletim ve barındırma ile ilgili hizmetleri sırasında yayınladıkları ya da sakladıkları bilgiyi kontrol etmeleri ya da yasadışı faaliyete konu olan maddi vakıa ve durumları aktif olarak araştırma ile ilgili genel bir yükümlülük yüklenemeyeceği açıkça belirtilmektedir. Bu hükmün haber grupları ve forumlar için de geçerli olduğu kabul edilmelidir. Haber gruplarında aşırı bir sınırlandırmanın sansüre yol açacağı ve ifade özgürlüğünü engelleyeceği belirtilmiştir. Burada orta yol servis sağlayıcıya gerekli uyarının yapılması halinde yahut kendiliğinden İSS'nin hukuka aykırılığı fark etmesi halinde hukuka aykırı içeriği kaldırması olacaktır. Ayrıca konu ile ilgili kamu otoriteleri ve mahkemeler tarafından talep edilen bilgileri de İSS vermek zorundadır. İSS'ler alt yapılarını gerekli kullanıcı bilgilerini verecek şekilde donatmalıdır. Yine İSS, forumlarda bir editör yahut forum yöneticisi belirlemiş ise artık içerik ile ilgili sorumluluğu kabul etmiş demektir.

İngiltere'de dava yolu ile çözümlenen ve internet servis sağlayıcıların sorumluluğunun tartışıldığı ilk dava Londra'da fizik, matematik ve bilgisayar bilimleri alanında dersler ve konferanslar veren Dr. Laurence Godfrey ile Birleşik Krallık'da faaliyet gösteren Demon İnternet Ltd. adlı internet servis sağlayıcı arasındaki davadır. Dava konusu olayda haber ve tartışma sayfalarından birisine atılan bir mesajda Laurence Godfrey hakkında gerçek dışı beyanlar ve hakaret içeren ifadeler yer almaktadır. 13 Ocak 1997'de atılan bu mesajın ardından, 17 Ocak'da Laurence Godfrey ilgili servis sağlayıcıya bir faks çekerek bu mesajın yalanlar içerdiğini ayrıca kendisine de hakarete bulunduğu belirterek bu mesajın ilgili sayfadan çıkarılmasını istemiştir.⁵⁰ Ancak Demon şirketi bu faksı almasına rağmen mesajı hemen kaldırmamıştır. Mesaj on beş günlük faal sürenin ardından kendiliğinden silinmektedir.

⁴⁹ 839 F. Supp. 1552, 1534 (M.D. Fla. 1993), http://www.Loundry.com/cases/Playboy_v_Frena.html, Markus Lubitz, Liability of Internet Service Providers, p. 26.

⁵⁰ Bu dava ile ilgili dikkat çekici bir nokta da bu davanın davacı Dr. Laurence Godfrey'in kendisine basın ve internet yolu ile iftira edildiğine dair ilk davası olmamasıdır. Godfrey bu davanın haricinde çeşitli tarihlerde altı dava daha açmıştır. Bkz., <http://www.cyber-rights.org/reports/demon.htm>

Demon şirketi 27 Ocak'da mesajın kendiliğinden işleminden kaldırıldığı süreye kadar bu mesajı kaldırmak için hiçbir girişimde bulunmamıştır. Bunun üzerine mesajın kaldırılması için uyarıda bulunulan 17 Ocak ile 27 Ocak arasındaki kişilik haklarına müdahaleden dolayı Laurence Godfrey ilgili servis sağlayıcı şirkete zararlarının tazmini için dava açmıştır. 1996 tarihli İftira Yasası'na göre servis sağlayıcı hiçbir etkin durumda bulunmadan sadece erişim hizmeti yerine getiriyor ise; yazar, editör veya yayımcı olmayacaktır. Dolayısı ile de sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak internet servis sağlayıcı hukuka aykırı içerik hakkında bilgilendirilmiş ise bu halde artık bu durum önem arzetyecek ve sorumluluktan kurtulamayacaktır. Mahkeme yaptığı incelemede davalı servis sağlayıcının hiçbir sebebi olmadan 17 Ocak'da yapılan uyarıya rağmen hukuka aykırı içeriği web sitesinden çıkartmadığını tespit etmiş ve davalı şirketin sorumluluğuna gidilmiştir.⁵¹

IV. TÜRK HUKUKUNDA İTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ SORUMLULUKLARI

İnternet servis sağlayıcıları 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2, 13 ve 35. maddeleri ile 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun değişik 2, 3 ve Ek 18. maddesine dayanılarak hazırlanan Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği⁵² gereğince faaliyette bulunurlar. Bu Yönetmeliğin 4. maddesinde İnternet Servis Sağlayıcı, *"son kullanıcılara, kurumlara ve diğer İSS'lere internet erişimi, mail, web sayfası hizmetleri ve sanal hosting (ev sahipliği) gibi ilgili servisleri sağlayan sermaye şirketleri"* olarak tanımlanmıştır. İnternet içerik sağlayıcılar ise, *"internet servis sağlayıcılara veya diğer ilgililere internet ortamında sunulmak üzere program hazırlayan gerçek veya tüzel kişiler"* olarak tanımlanmıştır. Yönetmelik Ek 3 maddesi *"İnternet Servis Sağlayıcılığıyla İlgili Yetki Belgelerine İlişkin Genel Hükümler"* başlığı ile düzenlenmiştir. Bu maddede *"Özel Şartlar"* başlığında şu düzenlemeler yapılmıştır:

⁵¹ Kararın metni için bkz., *Godfrey v. Demon Internet Limited*, 26 March 1999, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/1999/244.html> (Haziran 2005) Karar ile ilgili eleştiri ve değerlendirme için bkz., Yaman Akdeniz, *Case Analysis of Laurence Godfrey v. Demon Internet Limited*, <http://www.cyber-rights.org/reports/demon.htm> (Temmuz 2005).

⁵² *Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği*, <http://www.hukuk.telekom.gov.tr/telhiyon.htm> (Haziran 2005).

“Özel Şartlar

a. İSS’ler, sadece internet son kullanıcılarına hizmet götürmek için kiralandığı 0 822’li hatlar, dial-up VPOP, ADSL VPOP vb. hizmetlerini, başka bir amaçla kullanmayacaktır.

b. İSS’ler, kullanıcılarının İnternet üzerindeki yetkisiz ve rahatsız edici girişimlerine meydan vermeyecek, gerek kendi tespit ettiği, gerekse diğer kullanıcı ve işletmeciler tarafından tespit edilip kendisine bildirilen bu tür girişimleri engelleyecektir.

c. İSS’ler, birden fazla sayıda aynı yerleşim yerinde veya farklı şehirlerde ofis kurarak servis verebilecek ve birden fazla sayıdaki ofislerini, data şebekeleri üzerinden irtibatlandırılabilir.

d. İSS’ler, İnternet Şebekesinin yanısıra birbirlerine irtibat yapabileceklerdir.

e. Kurum’ca talep edilmesi halinde; İSS’ler, kullanıcı sayısı, kullanıcı kimlikleri, sisteme bağlı kalınan süre ve iletilen bilgi miktarları ile ilgili trafik bilgileri verecektir.”

Ardından teknik hususlar başlığı ile düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre İSS’ler internet erişimi için kuracağı teçhizatı kendileri temin edecek, servislerin sunuluş biçimi ile ilgili servis sağlayıcının kusurundan kaynaklanan arıza ve kesintiler nedeniyle her türlü sorumlulukta şikayetin muhatabı İSS’ler olacaktır. Ayrıca İSS’lerin vereceği servislere yetkisiz kişilerin, dışarıdan erişim ve bozucu/değiştirici müdahalelerini önlemek amacıyla gerekli önlemler İSS’ler tarafından alınacaktır.

Yönetmeliğin Ek 3. maddesi ile internet servis sağlayıcılığı hizmetinin Ulaştırma Bakanlığı’ndan alınacak genel izin ile yürütülmesi karara bağlanmıştır. Yönetmeliğin 43. maddesi ile de “talep sahibi, genel izin kapsamındaki hizmeti vermek için, genel izinde belirtilen kriterlere uygunluğu tespit etmeye yarayabilecek şekilde yürüteceği hizmet ile ilgili gerekli bilgileri, Bakanlık’ça talep edilen bilgi formuna uygun olarak hazırlar ve Bakanlığa sunar.”

AB hukukunda konuyu düzenleyen 2000/31/EC sayılı Direktif’in 4. maddesi “Üye devletler, bir bilgi toplumu hizmeti sunucusunun bu faaliyete başlamasının veya icrasını devam ettirmesinin önceden izin şartına veya eş etki doğuran başka bir şarta tabi tutulmamasını temin ederler” diyerek izin

şartını kaldırmıştır. AB'ye aday ülke konumundaki ülkemizin bilgi toplumu yolundaki bu süreçte mevzuatını AB ile uyumlu hale getirmesi beklenmektedir.⁵³ ABD hukukunda da İSS olmak, izin ya da ruhsata tabi tutulmamıştır.⁵⁴ İngiltere'de ise İSS'ler sadece bildirimde bulunmak suretiyle faaliyetlerine başlayabilmektedirler. Almanya'da da İSS'ler izne ve tescile tabi tutulmadan kurulabilmektedir.⁵⁵

4.1. Akdi Sorumluluk

İnternet servis sağlayıcıların yaptıkları sözleşmelerde belirtilen şartları yerine getirememesi halinde sözleşmeden kaynaklanan borcu söz konusu olacaktır. Ülkemizde telekomünikasyon altyapısını kurma, veri hatlarını tesis etme ve işletme Türk Telekomünikasyon A. Ş.'nin yetkisindedir. İnternet servis sağlayıcılar ise Telekomünikasyon A. Ş. ile yaptıkları sözleşmeler ile Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği çerçevesinde servis sağlayıcı hizmetlerini Türk Telekom'un alt yapısını kullanarak yerine getirirler. Türk Telekom ile yapılan sözleşmede Türk Telekom'un asli edimi veri hatlarının İSS'lere kullandırılması ve sistemin işlerliğinin ve devamının sağlanmasıdır. İSS'nin edimi ise bu hizmet karşılığı olan ücreti ödemek ve yönetmelik gereği üzerine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirmektir. İnternet servis sağlayıcıların sözleşmede üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirememesi, hizmetlerin aksamaması yahut alt yapı tesisatına zarar verme gibi durumlar çıkması halinde Türk Telekom sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. İnternet servis sağlayıcıların Türk Telekom ile yaptıkları sözleşmenin ana gayesi ise tüketicilere yani internet kullanıcılarına erişim hizmetini sağlamaktır. İnternet servis sağlayıcılar uygulamada erişim hizmeti dışında hosting, elektronik posta, alan adı temini, web sitesi hazırlama, içerik hazırlama gibi hizmetleri de yerine getirebilmektedir.

İSS'ler abonelerle yaptıkları sözleşme ise satılan paket programların kullanıcılar tarafından alımı ile başlar. Ancak bu alım ile henüz sözleşmenin gereği olan edim yerine getirilmiş değildir. Kullanıcı paket

⁵³ Uluslararası ilişkiler bakımından böyle olan durumun, sektörün düzenli işlemesi, alt yapı ve diğer donanım bakımından yeterli kuruluşların servis sağlayıcılığı hizmetini yerine getirmesini sağlaması yönünden faydalı olduğu söylenebilir.

⁵⁴ Communications Act of 1934, <http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf> (Temmuz 2005).

⁵⁵ Özdelek, Ali Osman, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık, Eylül 2002, s. 102-103.

programı bilgisayarına yükleyip bağlanma butonuna tıkladıktan sonra servis sağlayıcının hizmet sağlama borcu başlamış demektir. İnternet servis sağlayıcının kullanıcıdan kaynaklanmayan sebeplerle bu hizmeti yerine getirememesi halinde Borçlar Kanunu'nun 96. maddesinde ifadesi geçen *"Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini isbat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur"* hükmü gereği sorumlu olacaktır. Burada kusurun ispatı alacaklıya değil borçluya yüklenmiştir. Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinde kusuru olmadığını ispatlayamayan servis sağlayıcı sorumlu olacaktır. Ancak hizmetin aksaması Türk Telekom'un kusurundan da ileri gelebilir. Bu halde kullanıcı servis sağlayıcıya veya Türk Telekom'a dava açabilecektir. İSS'nin Türk Telekom'a rücu hakkı saklı olacaktır. Ancak örneğin önemli bir afet nedeniyle alt yapı hizmetleri aksamışsa bu durumda *"borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur"* (BK m. 117) hükmü gereği borç düşecektir. İSS kullanıcıya satılan paket programda belirtilen özelliklere sadık kalmalıdır. İnternete bağlanma hızı vs. gibi özelliklerde önemli sapmaların ortaya çıkması halinde borç gereği gibi ifa edilmemiş olacak ve yine İSS'nin BK m. 96 gereği sorumluluğu söz konusu olacaktır. Abone sayısının aşırı yüksek olması sebebiyle hizmetin yavaşlaması ise sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinde İSS'nin kusurunu ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü sözleşmede kararlaştırılan edimler şarta bağlı edimler değildir. İSS öngördüğü edimi gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür.

Sözleşmeye aykırılık her zaman İSS'nin ediminden kaynaklanmayabilir. Kullanıcının bilgisayarındaki aksaklık yahut kullanıcının bilgi noksanlığı sebebiyle edimin gereği gibi yerine getirilememesi halinde İSS sorumlu olmayacaktır.

Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklarını taraflar BK'nın 99. maddesi gereği sınırlayabileceklerdir. Ancak bu sınırlama da sadece hafif kusur halinde sorumluluğu bertaraf edebilecek hile veya ağır kusur halinde sorumluluğu sınırlayacak kayıtlar geçersiz olacaktır (BK. m. 99/I). Türk Telekom ile İSS arasındaki sorumsuzluk kayıtlarında ise Türk Telekom hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir hizmeti yerine getirdiği için hakim hafif kusur halinde dahi sorumsuzluk kayıtlarını geçersiz sayabilecektir (BK m. 99/II).

4.2. Kanundan Doğan Sorumluluk

1. Basın Kanunu ve Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun Bakımından

5680 sayılı eski Basın Kanunu'na⁵⁶ 15.05.2002 tarih ve 4756 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile eklenen Ek 9. madde ile internet yayınları da Basın Kanunu kapsamında kabul ediliyordu. Bu hüküm yoğun eleştirilere maruz kalmıştı.⁵⁷ Gerçekten özel bir kanun olan Basın Kanunu'nun pek çok hükmünün internete uygulanmasında sorunlar çıkması olası idi. 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Kanun ile Yeni Basın Kanunu⁵⁸ kabul edildikten sonra 5680 sayılı eski Basın Kanunu da kaldırılmıştır. Yeni Basın Kanunu da internetle ilgili bir düzenleme bulunmadığı için sorun bu yönüyle halledilmiş görünmektedir. Çünkü Basın Kanunu'nun, tamamen kendine has özellikleri olan internete uygulanması hem uygulayıcılar hem de taraflar açısından güçlükler arzede bilirdi.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da 15.05.2002 tarih ve 4756 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile yapılan değişikliklerle internetin de 3984 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi sorunu gündeme gelmiştir. 3984 sayılı Kanun'un 31. maddesinde yapılan değişiklikle maddenin başlığı "Sorumluluk" şeklindeyken "Program hizmetinin içeriği ve yeni yayın tekniklerinin kullanımı" olarak değiştirilmiş ve maddede yapılan değişiklikle ikinci fıkra "Her türlü teknoloji ile ve her tür iletişim ortamında yapılacak yayın ve hizmetlerin usul ve esasları, Haberleşme Yüksek Kurulu'nun belirleyeceği strateji çerçevesinde Üst Kurul'ca tespit edilip, Haberleşme Yüksek Kurulu'nun onayına sunulur. Bu yayın ve hizmetlerin mevzuata uygunluğu Üst Kurul'ca denetlenir." şeklinde düzenlenmiştir. 13.04.1994 tarih ve 3984 sayılı Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacı "Bu Kanun'un amacı, radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesine ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usulleri belirlemektir." şeklinde belirtilmiştir. Kanun'un kapsamı ise 2. maddesi ile "her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olursa olsun elektromanyetik dalga ve diğer yollarla yurt içine ve dışına yapılan radyo ve

⁵⁶ Kanun No: 5680 Kabul Tarihi: 15.07.1950, RG, 24.07.1950, 7564. Bu Kanun 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Yeni Basın Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁷ İlkiz, Fikret, *İnternete ve Herkese Özgürlük*, <http://www.bianet.org/diger/hukuk9266.htm> (Temmuz 2005).

⁵⁸ Kanun No: 5187 Kabul Tarihi: 09.06.2004, RG, 26.06.2004, 25504.

televizyon yayınları ile ilgili hususları kapsar" şeklindedir. Kanunun amaç ve kapsamını belirten maddelerinden internetin, radyo ve televizyon yayınlarını düzenleyen özel kanun niteliğindeki 3984 sayılı Kanun'un kapsamına girmeyeceği söylenebilir.⁵⁹ Ancak Kanun'un 31. maddesinde ifadesi geçen *"her türlü teknoloji ile ve her tür iletişim ortamında yapılacak yayın ve hizmetlerin"* ibaresi internetin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda kafaları karıştırmaktadır. Kanun kapsamına internetin de alınmak istenmesi halinde bu düzenlemenin daha net ve sınırları belirgin şekilde yapılması ve bunun diğer maddelerle de uyumlu olarak düzenlenmesi gerekirdi. 3984 sayılı Kanun'un amaç ve kapsamı da bunu teyit etmektedir. İnternetin ve konumuz özelinde internet servis sağlayıcıların Basın Kanunu yahut Radyo ve Televizyon Kanunları içine alınması ne internetin ne de basın ile radyo ve televizyon kavramlarının tanımları ile uyuşmamaktadır. Konu ile ilgili düzenlemelerin internetin yapısına uygun şekilde özel kanunlarla yapılması daha uygun olacaktır.

2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Bakımından

Türkiye'de fikir ve sanat eserleri hukukunu düzenleyen 05.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun⁶⁰ 1/ A maddesi Kanun'un kapsamını *"Bu Kanun, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını, bu haklara ilişkin tasarruf esas ve usullerini, yargı yollarını ve yaptırımları ile Kültür Bakanlığının görev, yetki ve sorumluluğunu kapsamaktadır"* şeklinde belirtmiştir. Kanun'un 1/B maddesinde eser ise *"sahibinin hususiyetin taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri"* olarak tanımlanmıştır. Fikri hakların ihlal edilmesi ve korunması zaruretinin ortaya çıkması eserin çoğaltılması ile birlikte başlamıştır. İnternet ise günümüzde eserlerinin yayım, basım ve çoğaltım olanaklarının kolayca yapılabilirdiği imkanlar sunmaktadır. Dolayısıyla eser sahiplerinin haklarının internet ortamında da korunması zarureti ortaya çıkmaktadır. İnternet servis sağlayıcıları da telif haklarının ihlalinde kusurlu iseler ör-

⁵⁹ İlkiz, a.g.m., <http://www.bianet.org/diger/hukuk9266.htm> (Haziran 2005).

⁶⁰ Kanun No: 5846 Kabul Tarihi: 05.12.1951 RG, 13.12.1951, 7981.

neğin eser sahibi tarafından uyarı yapılmasına rağmen hiçbir girişimde bulunmamışlar ise sorumlu olacaklardır. Bu halde 5846 sayılı Kanun'da düzenlenen tecavüzün ref'i (5846 m. 66), tecavüzün men'i (5846 m. 69) ve tazminat davaları (5846 m. 70) İSS'lere karşı açılabilir.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı Kanun⁶¹ ile bazı değişiklikler yapılmıştır.⁶² 5101 sayılı Kanun ile 5846 sayılı Ek Madde 4'e ek bir fıkra eklenerek internet üzerinden web sitelerine içerik sağlayan bilgi içerik sağlayıcıların sorumluluğu düzenlenmiştir. Değişiklikten önce 73. maddeye yapılan yollama değişiklikle 72. maddeye yapılmıştır.⁶³ Değişiklik ile Kanun'un Ek 4. maddesinin 3 ve 4. fıkraları aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Dijital iletim de dahil olmak üzere, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanun'da tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet Savcısı'na yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlalin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlık'ça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Birinci fıkrada bahsi geçen fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanun'da tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında bu Kanun'un 72. maddesinin (2) numaralı bendi hükümleri uygulanır."

⁶¹ Kanun No: 5101, RG, 12.03.2004, 25400.

⁶² 5101 sayılı Kanun ile sadece 5846 sayılı Yasa'da değil, 1580 sayılı Belediye Kanunu, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da ve 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nda da değişiklikler yapılmıştır.

⁶³ Maddenin eski metninde son fıkra "Birinci fıkrada bahsi geçen fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler hakkında bu Kanun'un 73. maddesinin son fıkra hükümleri uygulanır" şeklinde idi.

Bu düzenleme ile uygulamada sorumlulukları hususunda belirsizlik oluşan internet servis sağlayıcıların sorumluluğu ilk kez bu kadar net şekilde düzenlenmiştir. Madde ile Avrupa Birliği düzenlemelerine uygun olarak İSS'lerin sorumluluğu *"hak sahiplerinin başvuruları üzerine"* ihlale konu eseri çıkarmadığı zaman başlamaktadır. Bu husus İSS'nin aynı zamanda içerik sağlaması halinde geçerlilik kazanacaktır. Hakkı ihlal edilen kişinin öncelikle içerik sağlayıcıdan ihlale konu eserin yayından çıkarılmasını istemesi öngörülmüştür. İçerik sağlayıcının buna uymaması halinde yani ihlale konu eseri yayından çıkarmaması halinde ise C. Savcısı'na yapılan başvuru ile bu defa İSS ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmeti durduracaktır. Burada sorun İSS'ye ve bilgi içerik sağlayıcısına ulaşabilmektedir. Bilhassa yurtdışından bu hizmetlerin sağlanması halinde durum güçleşecektir. Maddede ifadesi geçen *"Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir."* ifadesinin internet ortamının karmaşık yapısı dikkate alındığında ne ölçüde uygulanabileceği belirsizdir. Fikri hakların en fazla ihlal edilme yerlerinden olan internet ortamındaki ihlallere karşı bu şekilde bir düzenleme özde olumlu olmakla birlikte uygulamada içerik sağlayıcıların tespitinde sorunlar çıkacağı muhakkaktır.

Maddenin son fıkrasındaki yollama gereği birinci fıkradaki fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanun'da tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunacaktır.

AB'nin 2000/31/AC sayılı Direktifi'nin 5. maddesinde *"Topluluk hukuku tarafından öngörülen diğer bilgi şartlarına ek olarak, üye devletler, hizmet sunucusunun aşağıda belirtilmiş olan bilginin, kolay, doğrudan ve sürekli olarak hizmet alıcılarına ve yetkili makamlara ulaşmasını temin eder:*

(a) hizmet sunucunun adı,

(b) hizmet sunucunun yerleşik olduğu coğrafi adres,

(c) hizmet sunucuya ilişkin ayrıntılar, elektronik posta adresi de dahil olmak üzere, kendisine hızlı bir biçimde ulaşılmasını ve doğrudan ve etkili biçimde iletişim kurulmasına imkan verecek bilgiler,

(d) hizmet sunucu ticaret veya benzeri kamu siciline kayıtlı ise, kayıtlı olduğu ticari sicil ve sicil kayıt numarası veya bu şekilde teşhis edilmesine imkan verecek eş etkili vasıtalar,

şeklinde devam eden bir takım yükümlülükler öngörülmüştür. Bu şekilde Avrupa Birliği'ne üye devletlerde herhangi bir hak ihlalinde İSS'ye ulaşılması kolaylaşmış olacaktır."

3. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu Bakımından

a. Medeni Kanun Bakımından

İnternet servis sağlayıcılarına genel hükümler niteliğindeki Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanmaması için hiçbir sebep yoktur. Gerçekten internet yolu ile işlenen kişilik haklarına saldırı sonucu eğer İSS içerik sağlayan konumunda ise yahut durumdan haberdar edilmesine rağmen hiçbir girişimde bulunmamış ise Medeni Kanun'un 23, 24 ve 25. maddeleri gereğince sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Medeni Kanun'un 24. maddesine göre "*Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.*" Kanun'un 25. maddesi ile de;

"Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır"

şeklinde başvurulabilecek hukuki yollar sıralanmıştır. Kişilik hakkı ihlale uğrayan kişi Borçlar Kanun'un 49. maddesi çerçevesinde manevi tazminat davasını da açabilecektir. İSS'ler bizzatı içerik sağlayıcı iseler bu davaların hepsine muhatap olabileceklerdir. İSS'lerin salt erişim veya ön belleğe alma veya barındırma hizmeti sağladığı durumlarda ise tespit davasının açılacağı görüşündeyiz. İSS'nin ön belleğe alma ve barındırma hizmeti sağlaması durumunda durdurma ve önleme davaları da açılabilir. Ancak İSS'lerin asıl sorumluluğu hak sa-

hibinin yahut kamu otoritelerinin taleplerine olumsuz cevap vermesi halinde başlayacaktır. Mahkemelerin istediği bilgileri vermemesi veya hak sahibinin taleplerine karşı ilgisiz davranması halinde İSS'ye karşı Medeni Kanun'un 25. maddesinde bahsi geçen davaların açılabilmesi açıktır. Ancak Yargıtay 02.08.2001 tarihinde verdiği kararda⁶⁴ internet yolu ile yayının durdurulması kararının uygulama kaabiliyetinin olmaması nedeniyle verilemeyeceğini belirtmiştir. Bu karar yargıcın önüne gelen uyuşmazlığı karara bağlamaktan kaçınamayacağı kuralına (Anayasa m. 36/2; HUMK m. 574; TCK m. 231, MK m. 1) aykırı olduğu gibi teknik olarak internet ortamında yayının durdurulması ve yayının internetten çıkarılması mümkün olduğu için de doktrin tarafından⁶⁵ eleştirilmiştir.

İnternet ortamında kişilik hakkı ihlali ile ilgili davalar içerik sağlayıcının kimliği belli ise ona karşı, bilinmiyorsa İSS'lere karşı açılabilir. Ancak İSS'nin yapılan başvuruya hemen uyararak ilgili içerik sağlayıcının erişimini durdurması halinde İSS sorumlu olmayacaktır. İSS'nin içerik sağlaması halinde ise davalar direkt olarak İSS'ye karşı açılabilir. Davacı ihlale konu siteden düzeltmenin ve kararın üçüncü kişilere yayımını da isteyebilir (MK m. 25/II).

⁶⁴ "... Dava basın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğramasından doğan manevi tazminat ve haberin internetteki yayınının da durdurulması istemlerine ilişkindir. Mahkemece manevi tazminat istemi kısmen kabul edilmiş ve ayrıca haberin internetteki yayınının durdurulmasına da hükmedilmiştir. İnternetteki yayınlar nedeniyle yapılacak işlem konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, mahkeme kararlarının bağlayıcı sonucunun gerçekleşebilmesi için, kararın infaz edilebilir olması ve böylece yaptırımının da uygulanması gerekmektedir. Şu aşamada, internette yapılan bir yayının gönderilenler de dahil olmak üzere internetten çıkarılması veya yayının durdurulması konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılacak bir durum arz etmektedir. Bu da yargı kararının etkisiz kalmasını ve böylece tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle buna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken..." Yargıtay 4. HD, 08.02.2001, 2001/755 E. ve 2001/1157 K., *Yargıtay Kararları Dergisi*, Temmuz 2001, C. 27, S. 7, s. 994-996.

⁶⁵ Kayıhan İçel, *Kitle Haberleşme Hukuku*, İstanbul 2001, s. 427; Doğan, Murat, "İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası", *EHFD*, c. VII, S. 1-2, Yıl: 2003, s. 387 vd.; Sırabaşı, Volkan, *İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz*, Adalet Yayınevi, Ankara 2003, s. 146 vd.; Özel, Sibel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, s. 168.

b. Borçlar Kanunu Bakımından

Hukuka aykırı fiil ile başkasına zarar veren kimsenin, sorumlu tutulabilmesi için kusurun şart olmadığı istisnai sorumluluk hali kusursuz sorumluluk yahut objektif sorumluluk veya sebep sorumluluğu olarak tanımlanan sorumluluktur.⁶⁶ Kusursuz sorumluluk halleri hakkaniyet nedeniyle, nezaret ve ihtimam gösterme yükümünden yahut tehlike sorumluluğundan kaynaklanan istisnai nitelikte ve kanunla öngörülen sorumluluktur.⁶⁷ İnternet servis sağlayıcıların kusursuz sorumluluğu ile ilgili kanunlarımızda herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak İSS'ler de kanunlarda düzenlenen diğer kusursuz sorumluluk hallerine muhatab olabileceklerdir. Örneğin; BK'nın 55. maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu internet servisi sağlayan kuruluşların çalıştırdıkları kişilerin işledikleri hukuka aykırılıklarda da uygulama alanı bulabilecektir. AB'nin 2000/31/EC sayılı Direktifi'nin 15. maddesi İSS'lere kontrol için herhangi bir genel yükümlülük yüklenemeyeceğini belirtmiştir. İSS'lerin ifa ettikleri hizmetin niteliği de gözönünde bulundurulduğunda herhangi bir kusursuz sorumluluk halinin İSS'lere uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.⁶⁸ Böyle bir kusursuz sorumluluk halinin öngörülmesi ile kişiler yabancı ülkelerdeki İSS'leri tercih edip, bu tür bir denetimden uzaklaşmaya çalışabilecektir. Bu da İSS'lerin denetimi güçleştirecek ve İSS olmak isteyen yatırımcıların önünü kesebilecektir.⁶⁹

Haksız fiil sorumluluğu hem kusursuz sorumluluk halinden hem de sözleşmeden doğan sorumluluktan farklıdır. Herkese karşı uyulması zorunlu bir hukuki görevin ihlali yüzünden doğan zararı tazmin yükümüne haksız fiil sorumluluğu denir.⁷⁰ Tazmin yükümünün doğumu için herşeyden önce zarar hukuka aykırı bir fiil ile meydana gelmiş olmalıdır. Zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. İnternetin niteliği ve internet servis sağlayıcıların yerine getirdikleri hizmetin niteliği gözönünde bulundurulduğunda İSS'lerin uygun illiyet bağı ile zarara yol açması ender rastlanacak bir durumdur. Haksız fiil

⁶⁶ Tekinay, Selahattin Sulhi - Akman, Sermet - Burcuoğlu, Haluk - Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 497.

⁶⁷ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2003, s. 454; Tekinalp, s. 498.

⁶⁸ Aksi yönde; Güran ve diğerleri, s. 49; Doğan, Murat, *İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması, Ünal Tekinalp'e Armağan*, İstanbul 2002, Cilt 2, s. 463-483, s. 474.

⁶⁹ Sevi, a.g.m., s. 223.

⁷⁰ Tekinalp, s. 475.

sorumluluğu kusur esasına dayanır. Bu durum Borçlar Kanunu’nun 41. maddesinde “*gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüb yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs*” olarak ifade edilmiştir. İSS’ler haksız fiilden mahkemeden yahut hak sahibinden gelen taleplere ilgisiz davranması halinde sorumlu olacaktır. Yine bizatihi içerik sağlayan ise haksız fiilden sorumlu olacaktır. Türk Ticaret Kanunu’nun 55 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet ile ilgili tespit, men, eski hale iade ve tazminat davaları da servis sağlayıcıya karşı açılabilir.

Borçlar Kanunu 50 ve 51. maddelerinde “*müteselsil sorumluluk*” düzenlenmiştir. Birden ziyade kimseden her biri, aynı zararı tazminle yükümlü oldukları takdirde birden fazla kimsenin sorumluluğu söz konusu olur. Haksız fiiller alanında bu sorumluluk kural olarak müteseldir.⁷¹ BK 50. maddesindeki “*müşterek kusur*” şartının yerine getirilebilmesi için bir zarara neden olan birden ziyade kimsenin kasıtlı ve ihmali hareketler ile davranmaları ve önceden birbirleriyle anlaşmaları ya da hiç olmazsa birbirlerinin davranışından haberdar olmaları gerekir. İnternet servis sağlayıcılar bizatihi içerik sağlayan olmasalar dahi içerik sağlayan kişiler ile anlaşarak veya uyarılara rağmen içeriğin yayından çıkarılması için girişimde bulunmayarak müteselsil sorumlu olabilirler. Burada İSS’nin ihmali sorumluluğu uyarıya rağmen içeriğin çıkarılması için girişimde bulunmaması halinde oluşabilir. Borçlar Kanunu’nun 50/II maddesinde yataklık eden kimsenin müteselsil sorumluluğu düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu’nun 50. madde hükmüne göre bir haksız fiilin işlenmesinde asıl fail, teşvik eden, yardımcı olan arasında bir fark gözetilmemiştir. Ancak yataklık eden kimsenin sorumluluğu bir zarara sebebiyet vermesi veya kardan pay alması halinde kabul edilmiştir. Haksız fiil işlendikten sonra delillerin meydana çıkmasına engel olacak veya zarar gören şahsın hakkına kavuşmasını güçleştirecek davranışlarda bulunan kimseye “*yataklık eden*” denir. İnternet servis sağlayıcının hukuka aykırı içerik sağlayan ile ilgili istenen bilgileri vermemesi yahut geç vermesi halinde yataklık eden gibi sorumlu olabileceği düşünülebilirse de bu halde İSS de hukuka aykırı fiili işleyen olarak asıl fail gibi sorumlu olabilecektir. Burada somut olayın şartlarına göre ve servis sağlayıcıdan istenen bilgilerin ne kadar sürede verildiği gibi ölçütlere göre sorumluluğun belirlenmesi daha doğru olacaktır.

⁷¹ Tekinay, s. 696.

BK 142. maddede geçen *“Alacaklı müteselsil borçluların cümlesinden veya birinden borcun tamamen veya kısmen edasını istemekte muhayyerdir.”* hükmü gereği İSS’ler de müteselsil sorumlu olduklarında borcun tamamından sorumlu olacaktır. Müteselsil borçluluk internet hizmetinin ortak kusur ile aksaması halinde Türk Telekom ile servis sağlayıcı arasında doğabilir. Borç ödendikten sonra iç ilişkide rücu ilişkisini BK 50. maddesindeki *“Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şümülünün derecesini tayin eder.”* hükmüne binaen hakim takdir edecektir. Hakim bu takdiri yaparken kusur oranlarını, tarafların sorumluluk ve menfaatlerini ve *“sorumsuzluk anlaşmaları”*nı da dikkate alarak bir sonuca gidecektir.

V. SONUÇ

İnternet servis sağlayıcıların sorumluluğunun belirlenmesi internetin gelişimini devam ettirmesi açısından hayli önem taşımaktadır. Bunun dışında internet servis sağlayıcıların sorumluluklarının belirlenmesi internetin hukuk dışı, başı boş bir alan olmadığının da göstergesi olacaktır. Servis sağlayıcıların sorumluluğu bu iki uç arasında bir denge konularak belirlenmeye çalışılmalıdır. İnternet servis sağlayıcıların sorumluluğu ile ilgili en ayrıntılı düzenlemeler AB’nin 2000/31/EC sayılı Elektronik Ticaret Direktifi ile yapılmıştır. Avrupa ülkeleri ve ABD’de de buna paralel düzenlemeler yapılarak internet servis sağlayıcıların salt erişim hizmetini yerine getirdiği, içerik üzerinde etkili olmadığı durumlarda sorumluluğunun kabul edilmemesi yönünde düzenlemeler kabul edilmiştir. İnternet servis sağlayıcının içerik sağlayan durumunda olması halinde yahut yapılan ihlalden haberdar edilmesi durumunda ise servis sağlayıcının sorumluluğuna gidilebilecektir. Özellikle *“uyar ve kaldır (notice and takedown)”* uygulamasının, servis sağlayıcıların sorumluluğunu belirlemede temel kıstas olduğunu görmekteyiz. Türkiye’de de 03.03.2004 tarihinde bu düzenlemelere uygun olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na eklenen Ek Madde 4 ile servis sağlayıcıların sorumluluğu *“uyar ve kaldır”* prensibi doğrultusunda düzenlenmiştir. Servis sağlayıcı içerik sağlamadığı zaman sadece mahkemelerce istenen gerekli bilgi ve belgeleri temin etmekle görevlidir. Ayrıca hak sahiplerinin talebi veya başka yollarla ihlalden haberdar olduğunda içeriği çıkartmak veya servis hizmetini durdurmakla yükümlü kılınmıştır. Servis sağlayıcının hak ihlallerine genel hükümlerin

uygulanması da her zaman mümkündür. İnternet yolu ile kişilik hakkı ihlale uğrayan kişi diğer şartlar var ise servis sağlayıcıya karşı maddi ve manevi tazminat davaları açarak kişilik hakkını koruyabilecektir. Yine bir zararın oluşması halinde servis sağlayıcıya haksız fiilinden dolayı davalar açılabilir.

İnternetin tabi olduğu hukuk rejiminin ülkemizde netleştirilmesi açısından 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 31. maddesinin interneti kapsayıp kapsamadığının eklenecek bir fıkra ile açıklanması ve asıl olarak ayrı bir kanun ile servis sağlayıcıların sorumluluğu ile birlikte internete özgü diğer unsurların düzenlenmesi isabetli bir yaklaşım olacaktır.