T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İNTERNETE ERİŞİM YASAKLARI ve HUKUKA AYKIRILIKLAR

(DOKTORA TEZİ)

Şaban Cankat TAŞKIN

KOCAELİ-2015

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İNTERNETE ERİŞİM YASAKLARI ve HUKUKA AYKIRILIKLAR

(DOKTORA TEZİ)

Öğrencinin Adı SOYADI
Şaban Cankat TAŞKIN

Danışmanın Unvanı-Adı SOYADI

Doç.Dr. Müslüm AKINCI

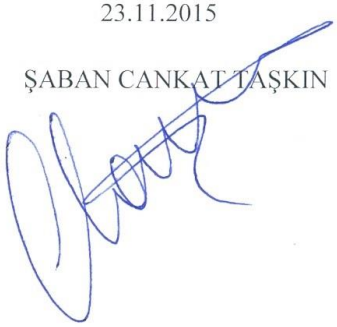
KOCAELİ-2015

YEMİN METNİ

Doktora tezi olarak sunduğum "İnternete Erişim Yasakları ve Hukuka Aykırılıklar" adlı tezin, tarafımca ve akademik etik kurallar çerçevesinde, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin dipnotlarda ve yararlanılan yayınlarda gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

23.11.2015

ŞABAN CANKAT TAŞKIN



T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İNTERNETE ERİŞİM YASAKLARI ve HUKUKA AYKIRILIKLAR

(DOKTORA TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Şaban Cankat TAŞKIN
Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 09.12.2015 T 2015/21

Jüri Başkanı: Ünvanı Adı SOYADI (İmza)
Muhammet Akıncı, Doç.Dr.

Jüri Üyesi: Ünvanı Adı SOYADI (İmza)
Seydi Gelik Yrd. Doç. Dr

Jüri Üyesi: Ünvanı Adı SOYADI (İmza)
Ayşe Nuhoğlu Bayır

Jüri Üyesi: Ünvanı Adı SOYADI (İmza)
Kerem Atgi Parmak Yrd. Doç. Dr.

Jüri Üyesi: Ünvanı Adı SOYADI (İmza)
Muzaffer Sağlu Yrd. Doç. Dr.
(Jüri, Yüksek Lisans için en az üç, Doktora için en az 5 öğretim üyesi ile oluşur)

KOCAELİ-2015

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I
ÖZET V
ABSTRACT VII
KISALTMALAR IX
İNTERNETE ERİŞİM YASAKLARI ve HUKUKA AYKIRILIKLAR 1
GİRİŞ 1
I.BÖLÜM 15
ERİŞİM YASAKLARININ TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ 15
1.1. Genel Olarak 15
1.2. Kavram ve Hukuki Nitelik 17
1.2.1 Kavram 17
1.2.2. Hukuki Nitelik 22
1.3. Erişim Yasaklarının Temel Hak ve Özgürlükler ve Devlet Genel Kuramıyla İlişkisi 27
1.3.1. Erişim Yasaklarıyla İlişkili Olan Temel Hak ve Özgürlükler 27
1.3.1.1. Erişim Yasaklarının Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü Açısından Görünümü 35
1.3.1.1.1. Genel Değerlendirme 35
1.3.1.1.2. AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması 43
1.3.1.1.2.1. Genel Ölçütler 43
1.3.1.1.2.2. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması 44
1.3.1.1.2.3. Erişim Yasaklarının Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Açısından İncelenmesi 52
1.3.1.1.3. Anayasada İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması 57
1.3.1.1.3.1. Genel Değerlendirme 57
1.3.1.1.3.2. İnternet'in İzin Sistemine Bağlanması 61
1.3.1.1.3.3. Amerikan Yüksek Mahkemesi İçtihadında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması 62
1.3.1.1.3.4. Sonuç ve Değerlendirme 68
1.3.1.2. Erişim Yasaklarının Basın Özgürlüğü Açısından Görünümü . 68
1.3.1.2.1 Genel Değerlendirme 68
1.3.1.2.1.2. Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması 71
1.3.1.2.1.2. 1. Genel Değerlendirme 71
1.3.1.2.1.2. 2. AİHM İçtihadında Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması 73
1.3.1.2.1.2. 3. Anayasadaki Sınırlandırma Nedenlerinin İnternet Hakkında Uygulanması 79
1.3.1.2.1.2.5 İstatistiki Veriler Işığında Basın Özgürlüğü 85
1.3.1.2.1.2.6.Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü 87
1.3.1.2.1.2.7. Sonuç ve Değerlendirme 88
1.3.1.3. Erişim Yasaklarının Haberleşme Özgürlüğü Açısından Görünümü 89

1.3.1.4. Erişim Yasaklarının Bilgi Edinme Özgürlüğü Açısından Görünümü 96
1.3.1.4. 1. Genel Değerlendirme 96
1.3.1.4.2. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında Bilgi Edinme ve İnternet'e Erişim Hakkı 104
1.3.1.4.3. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında Bilgi Edinme ve İnternet'e Erişim Hakkı 106
1.3.1.4.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Bilgi Edinme ve İnternet'e Erişim Hakkı 108
1.3.1.4.5. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Bilgi Edinme ve İnternet'e Erişim Hakkı 111
1.3.1.5. Erişim Yasaklarının Eğitim Özgürlüğü Açısından Görünümü 112
1.3.1.6. Erişim Yasaklarının Bilim ve Sanat Özgürlüğü Açısından Görünümü 114
1.4. Erişim Yasakları ve Devletin Genel Kuramı İlişkisi 122
II.BÖLÜM 130
ERİŞİM YASAKLARININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ 130
2.1. 5651 Sayılı Kanun'daki Düzenlemelere Genel Bakış 130
2.2. TİB'in ve ESB'nin Yapılanması ile İnternet Üzerindeki Yetkileri 137
2.2.1.TİB'in Yapılanması ve İnternet Üzerindeki Yetkileri 137
2.2.1.1. TİB'in Yapılanması 137
2.2.1.2 TİB'in İnternet Üzerindeki Yetkileri 141
2.2.1.2.1. İstatistiki Veriler Işığında TİB'in Yetkileri 161
2.2.1.2 .2. TİB ve Aile Filtresi uygulaması 165
2.2.2. ESB'nin Yapılanması ve İnternet Üzerindeki Yetkileri 170
2.2.2.1. ESB'in Yapılanması 170
2.2.2.2. ESB'nin İnternet Üzerindeki Yetkileri 173
2.3. Yasa İle Kurulan Uzmanlık Mahkemelerine İlişkin Değerlendirme 177
2.4. İnternet Öznelerin Sorumlulukları ve Delfi Kararı 187
2.4.1. İnternet Öznelerinin Sorumlulukları 187
2.4.1.1. İçerik Sağlayıcıların Sorumlulukları 188
2.4.1.2. Yer Sağlayıcıların Sorumlulukları 190
2.4.1.3. Erişim Sağlayıcıların Sorumlulukları 192
2.4.1.4. Toplu Kullanım Sağlayıcıların Sorumlulukları 194
2.4.1.5. Ortak Sorumluluk İlkeleri 196
2.4.1.6. Sonuç 199
2.4.2. Delfi AS-Estonya Kararı'nın İrdelenmesi 200
2.4.2.1.Kararın Özeti 200
2.4.2.1.1. Olayın Özeti 200
2.4.2.1.2. Yerel Yargılama Sürecinin Özeti 202
2.4.2.1.3. AİHM Gerekçelerinin Özeti 205
2.4.2.1.4. AİHM'in Nihai Hükmü 212
2.4.2.2. Kararın Analizi 213
2.4.2.3. Kararın Hukukumuz Üzerindeki Etkileri 233
2.5. 5651 Sayılı Kanun'un 8 ve 8/A Maddelerindeki Erişim Yasakları 241
2.5.1. 8'inci Maddenin Değerlendirilmesi 242
2.5.1.1. Genel Değerlendirme 242

2.5.1.2. Ondördüncü Fıkradaki Erişim Yasağının Değerlendirilmesi 256
2.5.1.3. Erişim Yasağı Kararına İtiraz Hakkının Değerlendirilmesi .. 260
2.5.1.4. Maddenin Belirlilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi..... 264
2.5.1.4.1. Genel Değerlendirme..... 264
2.5.1.4.2. Müstehcenlik Gerekçesiyle Konan Erişim Yasaklarının Belirlilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi..... 275
2.5.2. 8/A Maddesinin Değerlendirilmesi..... 300
2.5.2.1. Genel Değerlendirme..... 300
2.5.2.2. İptal Edilen 8/16 Hükmü ile Karşılaştırmalı Değerlendirme 311
2.5.2.3. Maddenin Belirlilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi..... 319
2.5.3. Maddelerin Cezaların Şahsiliği ve Orantılılık İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi 340
2.6. 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A Maddelerindeki Erişim Yasakları 356
2.6.1. Genel Değerlendirme..... 356
2.6.2. 9'uncu Maddenin Değerlendirilmesi 358
2.6.3. 9/A Maddesinin Değerlendirilmesi..... 378
2.6.4. Unutulma Hakkına İlişkin Değerlendirme..... 384
III.BÖLÜM..... 391
ERİŞİM YASAKLARININ FARKLI HUKUK DİSİPLİNLERİ AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ..... 391
3.1. Genel Olarak..... 391
3.2. 5651 Sayılı Kanun Dışındaki Kanunlardaki Düzenlemeler..... 392
3.2.1. Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'daki Düzenleme..... 392
3.2.2. Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'daki Düzenleme 394
3.2.3.Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'daki Düzenleme..... 396
3.2.4. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Düzenleme 399
3.2.5. Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Düzenleme 405
3.2.6. Elektronik Haberleşme Kanunu'ndaki Düzenleme 413
3.3. Erişim Yasaklarının Türk İdare Hukuku Açısından Görünümü..... 417
3.3.1. İnternet'in Kamu Hizmeti Niteliği..... 417
3.3.2. Kolluk Faaliyeti Olarak İnternet Alanı 426
3.1.3. İdari Sorumluluk Nedeni Olarak ErişimYasakları 431
3.1.3.1. İdarenin Erişim Yasaklarından Doğan Sorumluluğunun Niteliği 431
3.1.3.2. İdarenin Hareketsiz Kalmasından Doğan Sorumluluğu 438
3.4. Erişim Yasaklarının Özel Hukuk Açısından Görünümü 442
3.4.1. Kişiliğin Korunmasına İlişkin Kurallar ve Erişim Yasakları 442
3.4.2. Haksız Rekabete İlişkin Kurallar ve Erişim Yasakları 463
3.4.3. İhtiyati Tedbirler ve Erişim Yasakları 468
3.4.4. Erişim Yasakları ve Tazminat Sorumluluğu..... 472
BULGULAR, ÖNERİLER ve SONUÇ 475
4.1. Bulgular 475
4.2. Anayasada Yapılması Önerilen Değişiklikler 477
4.3. Yasalarda Yapılması Önerilen Değişiklikler 483
4.3.1. 5651 Sayılı Kanunda Yapılması Önerilen Değişiklikler 483
4.3.2. Diğer Kanunlarda Yapılması Önerilen Değişiklikler 515

4.4. Sonuç ve Değerlendirme..... 528
KAYNAKÇA 531
Basılı Kaynaklar, Kitaplar ve Makaleler 531
İnternet Kaynakları 546
ÖZGEÇMİŞ..... 563

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

İNTERNETE ERİŞİM YASAKLARI ve HUKUKA AYKIRILIKLAR

ÖZET

İnternet, bünyesi gereği pek çok temel hak ve özgürlükle bağlantılıdır. Bu da İnternet'i pek çok açıdan incelemeyi gerektirmektedir. Bu yönüyle de İnternet'e erişim hakkının kendine özgü (sui generis) niteliğe sahip olduğu söylenebilir.

Çalışmamızda, İnternet'e erişim yasakları temel hak ve özgürlükler ışığında incelenirken, hakkın kendine özgü yapısı Anayasa'daki düşünceyi ifade, bilim ve sanat, basın, bilgi edinme ve bilgiye ulaşma, haberleşme ve eğitim özgürlükleri açısından konuya ilişkin AİHM, ABD-YM, AYM, Yargıtay kararları da analiz edilerek, İnternet sitelerinin nitelik farkları da gözetilerek, ceza, anayasa, idare hukuku; MK 24 ve 25'teki kişiliğin korunması, 5651 Sayılı Kanun, ihtiyati tedbirler, Ticaret Hukuku boyutlarıyla ve devletin genel kuramı ışığında, istatistiki veriler ve karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleriyle bilrikte detaylıca incelenmiştir.

Çalışmada ayrıca İnternet üzerinde denetim ve yaptırım yetkisi olan Telekominikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB) de karşılaştırmalı hukuktaki örnekleriyle kıyaslamalı olarak incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler : 5651 Sayılı Kanun, erişim yasakları, erişim yasağı, TİB, ESB

Tezi Hazırlayan : **Şaban Cankat TAŞKIN**

Tez Danışmanı : **Doç. Dr Müslüm AKINCI**

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kur. Kar. ve No: 09.12.2015/ 21

Jüri Başkanı : Doç.Dr Müslüm AKINCI

Jüri Üyesi : Prof. Dr Ayşe Nuhoğlu

Jüri Üyesi : Yrd. Doç Dr Seydi ÇELİK

Jüri Üyesi : Yrd. Doç Dr Kerem ALTIPARMAK

Jüri Üyesi : Yrd. Doç Dr Muzaffer EROĞLU

T.C.

KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

BANS ACCESS TO THE INTERNET and VIOLATIONS OF THE LAW

ABSTRACT

Due to the structure of the internet, is related to many basic rights and freedoms. In many ways the internet requires this review. In this respect, the distinctive right of access to the internet (sui generis), it can be said that the character has.

In our study, the prohibition of access to the internet is examined in the light of fundamental rights and freedoms, while the peculiar expression of the right in the Constitution, structure, science and art, press, information, and access to information, in terms of freedom of communication and education on the issue, the court in U.S.-YM, the Constitutional Court, the decisions of the Supreme Court by analyzing the quality of the internet site considering the differences, criminal, constitutional, and administrative law; MK 24 and 25 on protection of personality, Law No. 5651, the precautionary measures, in the light of general theory of law and state commercial, statistical data have been studied in detail and Comparative Law in conjunction with the Regulations.

The study also who has the authority to control and sanction over the Internet, the telecommunication communication presidency (TIB), Access providers Association (ESB) was investigated also in comparison with the examples in Comparative Law.

Keywords : Law No. 5651, access bans, ban access, TIB, ESB

Tezi Hazırlayan : Şaban Cankat TAŞKIN

Tez Danışmanı : Doç. Dr Müslüm AKINCI

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kur. Kar. ve No: 09.12.2015/ 21

Jüri Başkanı : Doç. Dr Müslüm AKINCI

Jüri Üyesi : Prof. Dr Ayşe NUHOĞLU

Jüri Üyesi : Yrd. Doç Dr Seydi ÇELİK

Jüri Üyesi : Yrd. Doç Dr Kerem ALTIPARMAK

Jüri Üyesi : Yrd. Doç Dr Muzaffer EROĞLU

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AB-THŞ	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri/ Ankara Barosu Dergisi
ABD-YM	: Amerikan Yüksek Mahkemesi
ACMA	: The Australian Communications and Media Authority
Af-HHS	: Afrika Halkların Hakları Sözleşmesi
AİD	: Amme İdaresi Dergisi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AK	: Avrupa Konseyi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Başvuru
bkz	: bakınız
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BİO	: Bağımsız İdari Otorite
BM	: Birleşmiş Milletler
BM-İHEB	: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
BM-MSHS	: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakesi Kanunu

Çev	: Çeviren
D	: Daire
Der	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EHK	: Elektronik Haberleşme Kanunu
ESB	: Erişim Sağlayıcıları Birliği
FBI	: Federal Bureau of Investigation
FCC	: Federal Communications Commission
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HÜ	: Hacettepe Üniversitesi
ICANN	: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IWF	: Internet Watch Foundation
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İDDGK	: İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KMÜ	: Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi
md	: madde
MK	: Medeni Kanun
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
p.	: paragraf
RG	: Resmi Gazete
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s	: sayfa
S	: Sayı
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu

SP Kur.	: Sermaye Piyasası Kurulu
T.	: Tarih/ Tarihli
[t.y]	: tarih yok
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCP/ IP	: Transmission Control Protocol/ Internet Protocol
TİB	: Telekominikasyon İletişim Başkanlığı
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
WCIT	: World Conference on International Telecommunications
vb	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Yay.	: Yayıncılık/ Yayınları

İNTERNETE ERİŞİM YASAKLARI ve HUKUKA AYKIRILIKLAR

GİRİŞ

İnternet, bir iletişim aracı olarak yaşamımızda önemli bir yere sahiptir. İnternet'in çağdaş toplumun en önemli kazanımlarından biri olduğu konusunda, bugün neredeyse tüm toplumda bir fikir birliği vardır. (Özbek, 2002, 101)

İnternet, toplumsal iletişim tarihinin en büyük buluşlarından biri olarak kabul edilebilir. İnternet'in yaygınlaşmasıyla birlikte toplumsal iletişim alanında büyük bir devrim yaşanmıştır. Günler veya saatler alan görüşmeler; saniyeler ve anlar içinde gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Ne var ki İnternet'in doğasında bulunan hız ve özgürlük, bir başkasının özgürlük alanına ve korunan hukuki değerlerine müdahaleyi içerdiğinden, beraberinde başka hukuki ve toplumsal sorunları da getirmiştir.

Kitle iletişim sürecinin başlangıcı, Avrupa'da artan devlet müdahalesi ile sermayenin yoğunlaşması sonucunda basının ciddi bir dönüşüme uğramasına dayanmaktadır. (Avcı, 2013, 12)

Bu çalışma ile amaçlanan, hukukumuzda dağınık şekilde ve farklı mevzuatta düzenlenen İnternet'e erişim yasaklarını karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında incelerken, mevcut hukuka aykırılıkları ortaya koymaktır. Buna bağlı olarak çalışmada erişim yasakları üzerinde analitik irdelemelere gidilerek, İnternet yasaklarının hukuki düzlemde kalması yönünde yöntembilimsel (metodolojik) karşılaştırmalara ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

İnternet'in günümüzde sosyal ağlar aracılığı ile ulaştığı toplumsal gücün yadsınamaz boyutlarda olduğu görülmektedir. Bu nedenle çalışmada, İnternet'in sosyal medya boyutu da sosyolojik veriler ışığında-yeri geldikçe-

değerlendirilmiştir. İrdelemeler, İnternet'in ve web sitelerinin basın, sosyal medya, habercilik ve haberleşme niteliklerine göre ayrı özellikleri gözetilerek yapılmıştır.

İnternet'e erişim hakkı, Anayasa'da ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olsa dahi Anayasa'nın 12'nci maddesi anlamında korunur ve tanınır. Ayrıca, İnternet'e erişim hakkı Anayasa'da açıkça düzenlenmese de basın hürriyeti, düşünceyi ifade hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, bilgi edinme ve bilgiye ulaşma hürriyeti, eğitim hürriyeti, haberleşme hürriyeti gibi pek çok hak ve hürriyetle yakın ilişki içerisinde olan "sui generis" bir hak olduğu için bu haklara ilişkin koruma ve sınırlandırma nedenleri bünyesi gereği İnternet'e erişim hakkı için de uygulanabilir.

Öte yandan, bu hakkın Anayasa'da düzenlenmemiş olması, hakkın sınırsız kullanılabileceği anlamına da gelmez. Hakkın, kendi bünyesinden kaynaklanan sınırları olduğu söylenebilir. Keza, gerek 5651 Sayılı Kanun'la gerekse erişim yasağı içeren diğer özel kanunlarla konan erişim yasakları, "yasa kaydı" ile İnternet erişimini kısıtladığı için Anayasa'nın 13'üncü maddesine uygundur. Ancak bu düzenlemelerin Anayasa'nın diğer maddelerine aykırılığı tartışılabilir ki çalışmamızda bu tartışmaya derinlemesine girilmiştir.

Ne var ki çalışmamızın ilerleyen kısımlarında da inceleneceği üzere, bazı anayasa önerileri veya tasarılarında İnternet'e erişim özgürlüğü, sınırlandırma nedenleri ile birlikte, anayasa metninde ya ayrıca tanımlanmış ya da basın özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerle aynı madde içerisinde, ayrı bir fıkra altında anayasa metnine dahil edilmiştir. Bundan ötürü, çalışmamızda, İnternet'e erişim hakkının ve bu hakkın sınırlandırılma nedenlerinin Anayasa'da açıkça düzenlenmesinin gerekliliği de tartışılmaktadır.

Bu eksendeki bir yaklaşımın doğru olduğu kanısını taşıyoruz. Zira, yapılacak olan yeni anayasada, İnternet'e erişim hakkının "sui generis" nitelik taşıdığı gözetilerek, sınırlandırma nedenleriyle birlikte ayrıca ve açıkça tanımlanması, bu hakkın özgün niteliğinin anayasal düzlemde de tanınması

bakımından önem taşımaktadır. Nasıl ki sözgelimi Anayasa'nın 28'inci maddesinde basın özgürlüğü, sınırlandırma nedenleri ile birlikte, bu hakkın özgün niteliği gözetilerek ayrıca ve açıkça tanımlanmış ise, İnternet'e erişim özgürlüğü de anayasa metninde ayrıca ve açıkça tanınmalıdır.

Konunun tartışılabilecek, özellikle sosyolojik açıdan önem taşıyan bir başka yönü de sosyal paylaşım ağlarına (Facebook, Twitter vb.) konacak olası bir erişim yasağının sanal ortamda örgütlenme hakkını da ihlal edecek olmasıdır. Sosyal ağların gücü o kadar büyüktür ki sosyal paylaşım ağları üzerinden örgütlenen kitleler, zaman zaman kendi anayasal düzenlerini dahi değiştirebilmektedirler. (Dülger, 2014, 90)

Buna en yakın örnek, 2011 yılı içerisinde Mısır ve Tunus'ta yaşanan devrimlerdir. (Koçak K, 2012, 25) Bu iki ülkede insanlar rejime karşı İnternet üzerinden örgütlenip ardından belli merkezlerde toplantılar düzenleyerek ülkelerindeki rejimi değiştirmişlerdir. (Söyler, 2013, 42). Bundan ötürü, İnternet'in ve sosyal ağların gücünün günümüzde ulaştığı boyut sanılanın çok ötesindedir. *["Türkiye'de "İnternetime dokunma"eylemi sosyal ağlar üzerinden organize edilmiş ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) sansürüne karşı onbinlerce kişi aynı anda (15 Mayıs 2011 günü) Türkiye'nin değişik yerlerinde gösteri düzenlemiştir.* http://ekonomi.haberturk.com/teknoloji/haber/630812-İnternetime-dokunma (Erişim Tarihi: 03. 01. 2012) *Benzeri bir yöntem de Mayıs 2013 sonunda yaşanan "Gezi Parkı" eylemlerinin organizasyonunda izlenmiştir. Halk, sosyal paylaşım ağları üzerinden örgütlenerek Türkiye'nin değişik illerinde hükümet karşıtı gösteriler yapmıştır. Bu eylemlere dünyanın değişik şehirlerinden de destek verilmiştir.* http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/06/130601_gezi_parki_direnis.sht ml (Erişim Tarihi: 01.06.2013). *Tunus'taki devrime "Facebook Devrimi" adı da verilmektedir."* (Koçak K., 2012, 25)]

Bu nedenle Facebook, Twitter, Youtube, kimburda (Sosyal paylaşım içerikli olan bu siteye de 13. 12. 2011 tarihli kararla erişim yasağı konmuştur. Yasağı koyan Ankara 1. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi'dir. (2011/362 Koruma Tedbiri konulu karar). Kararı Telekominikasyon iletişim Başkanlığı

yürütmektedir. http: //kimburda.com/ (Erişim Tarihi:11.01.2012). Kararın neden konduğu tarafımızca anlaşılabilmiş değildir. (02.08.2015 tarihi itibarıyla adı geçen site erişime kapalıdır)) gibi sosyal paylaşım sitelerinin gücü özellikle anti-demokratik yönetimlerin dikkatinden kaçmamakta [*"İlginçtir ki Sırbistan'a düzenlenen NATO Barış harekatı sırasında, koalisyon güçleri Sırbistan'ın tüm iletişim sistemini bombalamış, ancak İnternet iletişimine hiçbir şekilde zarar vermemiştir. Çünkü koalisyon güçleri, İnternetin kitleler üzerindeki etkisinden yararlanarak, halkın Miloseviç Yönetimi'nin uygulamalarıyla katliamlarından haberdar olmasını tercih etmiştir.* Denning, [t.y]: s.240) *ve bu gibi sitelere anti-demokratik yönetimler tarafından sıklıkla erişim yasağı konmaktadır. ("Mısır'da 2011 Tarihli Yasemin Devrimi ve sonrasındaki Tahrir Ayaklanması sırasında sosyal paylaşım sitelerine yönetim tarafından erişim yasağı uygulanmıştır."* Tekek, 2011: makale). *Keza Türkiye'de Mayıs 2013 sonunda yaşanan "Gezi Parkı" olayları sırasında da Twitter ve facebook adlı web sitelerine erişim bazı teknik olanaklar kullanılarak engellenmiştir.* (http://sozcu.com.tr/2013/gunun-icinden/ turkiyede -İnternetin-fisi-cekildi.html) (Erişim Tarihi:01.06.2013)]

Diğer yandan hükümetler İnternet'in denetimini ellerinde tutmak istemektedirler. İnternet'in bir özgürlük alanı oluşu (Avcı, 2013, 28) bu alandaki hukuki denetimleri güçleştirmektedir. [("*İnternet, bir kütüphane, bir okul, bir iş merkezi vs olduğu gibi, aynı zamanda İnternet bir sokaktır. Sokakta bulduğunuz tüm unsurlar internette de vardır. Bu sokak tüm dünyadır; bunun kuralları, polisi, mahkemesi henüz oturmamıştır. Bunun bir nedeni teknolojinin sürekli gelişiyor olması, bir nedeni uluslararası görüş farklılıkları, ortak bir zeminde anlaşmanın zorluğu ve böyle bir mekanizmanın olmayışıdır."* Akgül, 2008, 358)] (Dünyada, İnternet'i denetim altında tutma yönündeki en çarpıcı örnek Echelon adı verilen ve ABD, İngiltere, Kanada, ve Avusturalya'nın öncülüğünde kurulmuş olan bir projedir. Bu proje, yeryüzündeki dev alıcıların haberleşme uyduları ile iletişim kurması esasına göre çalışmakta ve dünya üzerindeki iletişimi belli anahtar sözcük gruplarına göre denetleyebilmektedir. (Proje, Patrick Radden Keeffe tarafından romana uyarlanmıştır. (Keefe, 2006)

Echelon projesi hakkında daha geniş bilgi için bkz Özcan, 2004, 324. (Echelon projesi hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz Söyler, 2013, 44 vd.) Bir diğer proje ise ABD'deki FBI bünyesinde 2000 yılında kurulmuş olan Carnivore adlı projedir. Bu sistemle, bireylerin iletişim ve özellikle de İnternet özgürlüğüne müdahale edilmiştir. ABD kamuoyunda oluşan çok sert tepkiler neticesinde, sistemin uygulamasından vazgeçilmiştir. (Carnivore Projesi hakkında geniş bilgi ve ABD kamuoyu tatışmaları için bkz Hedley, 2006, 114.) Sistemin çalışma ilkeri için bkz Sınar, 2001, 63. Ancak Echelon projesinin ABD'nin tüm aksine beyanlarına rağmen halen devam ettiği ve Türkiye'de dahi izleme üssünün bulunduğu da öne sürülmektedir. (http: //www. evrensel. net/v1/00 /02/25 /dunya. html#1) (Erişim Tarihi:25.07.2013) Echelon'un varlığını Kanada ve Avusturalya hükümetleri kabul etmektedir. (Özcan, 2004, 324). Bugün Echelon'un ABD, Kanada, İngiltere, Avusturalya ve Yeni Zelanda tarafından İnternet trafiğini denetlemek amacıyla kullanıldığı bilinmektedir. (Almagor, 2015,268)]

Bu cümleden olarak, İnternet ve İnternet'in içeriği üzerinde uluslararası düzeyde denetleyici bir yetkenin bulunmadığı söylenebilir. (Söyler, 2013, 9)

Ne var ki temel hak ve özgürlüklerin İnternet üzerinden kullanılmasının da birtakım sınırlamalara tabi olduğu ifade edilmelidir. Kargaşa ve düzensizliğin önlenmesi, kamu düzeninin korunması için bazı sınırlamalara gidilmesi gerekli olabilir. Ancak düzen korunurken, temel hak ve özgürlüklerin en önemlilerinden biri olan İnternet'e erişim özgürlüğünün ihlal edilmemesi yönünde özen gösterilmelidir.

Son dönemde, dünya genelinde devletler arasında İnternet üzerinde denetim kurma çabaları iyice artmıştır. (Türkiye'nin İnternet'e denetim koyma hevesi kendi ulusal sınırlarını aşmaktadır. Zira Türkiye'nin yargı yetkisi, kural olarak sadece kendi ulusal sınırları ile kayıtlanmış olduğu halde, Türkiye dünya İnterneti'ne kendi başına kurallar koymaya ve dünya İnterneti'ni denetlemeye çalışmaktadır. Türkiye, ülkede temsilcisi bulunmayan yer sağlayıcı şirketlere temsilcilik açması yönünde telkinde bulunurken, herhangi bir mahkemeden verilen tedbir kararı neticesinde, hakkında tedbir uygulanan web sitesi

yetkilileri tarafından ilgili içeriğe Türkiye'den ulaşılması engellenmiş olsa dahi, ülkemiz adı geçen içeriğe dünyanın herhangi bir yerinden ulaşılmasının engellenmesini talep etmektedir. [(Akgül, 2008, 352). *"Örneğin; Rusya, Çin, Japonya, Arjantin, Afrika'da yayımlanan, Türkiye aleyhine ırkçı bir yayını toplatmaya kalkıyor muyuz? Dünyanın en büyük kütüphanesi ABD Kongre Kütüphanesi'nde Türkiye aleyhine Türkiye'de suç olan pek çok kitap, dergi filmi fotoğraf gibi nesneler yer almaktadır. Kongre Kütüphanesi'ni yasaklamak, Türk vatandaşlarının oraya girmesini suç saymayı düşünüyor muyuz?"* (Akgül, 2008, 372)]. Bunun en dikkat çekici örneği 3-14 Aralık 2012 tarihlerinde Dubai'de yapılan WCIT *(World Conference on International Telecommunications)* toplantısıdır.[http://www. radikal.com.tr /Radikal.aspx?aType=RadikalYazar&ArticleID=1110642&Yazar=M.-SERDAR-KUZULOGLU&CategoryID=41 Radikal Gazetesi-*"Devletler İnterneti Sahipsiz Bırakma yacak"* başlıklı haber, (Erişim Tarihi: 19.12.2012)]

Günümüzde Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde olan ve ilk kez 1865 yılında İsviçre'de kurulan Uluslararası İletişim Birliği *(International Telecommunication Union)* tarafından düzenlenen; öncülüğünü Rusya, Çin ve Hindistan'ın gerçekleştirdiği toplantıda, İnternet'in BM çatısı altında bazı ciddi düzenlemelere tabi tutulması ile bunun koşulları tartışılmıştır. Ancak, örgütün kararlarını oybirliği ile alıyor oluşu, bu toplantıdan İnternet'in denetimi adına önemli bir sonuç çıkmasını engellemiştir. Zira ABD'nin başını çektiği bir grup devlet ise bu toplantıda alınacak olan kararlara tepkilidir. Çünkü ABD'nin alan adlarını düzenleyen kuruluş olan ICANN'ın *(İnternet Corporation for Assigned Names and Numbers)* merkezinin bulunduğu ülke oluşu bu konuda karar alınmasını da zorlaştırmaktadır. (ICANN'ın yapılanması hakkında geniş bilgi için bkz Söyler, 2013, 10-15; ayrıca bkz Mathiason, 2009-Kitap; Dülger, 2014, 795)

Kaldı ki zaten kuruluşun 24 yıldır iletişim üzerinde denetim yetkisinin olduğu fakat bu yetkiyi kullanmadığı (veya kullanamadığı) da bilinmektedir. [(http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalYazar&ArticleID=11

10642&Yazar=M. -SERDAR-KUZULOGLU&CategoryID=41 (Erişim Tarihi: 19.12.2012)]

Ne var ki bir habere göre ABD Hükümeti, 15 Mart 2014 tarihinde domain adları sistemindeki yani İnternet üzerindeki denetimini artık devretmek istediğini duyurmuştur. Bu da dünya üzerinde İnternet'in denetlenmesi için farklı seçeneklerin tartışılmasına hatta öncülüğünü Rusya ve Çin'in üstlendiği, Türkiye'nin de desteklediği "İnternet'in millileştirilmesi" akımının yeniden gündeme getirilmesine yol açmaktadır. Millileştirmenin gerçekleşmesi söz konusu olursa her devletin İnternet üzerinde kendi denetim sistemini kurma yetkisi gündeme gelebilecek, bu da sözgelimi Türkiye'nin Twitter'a erişim sağlamaya çalışan bir kullanıcıyı başka bir İnternet sitesine yönlendirmesinin (bir tür sansür) önünü açabilecektir. [(http: //www. yurtgazetesi. com.tr /dunya /İnternet-kapatilabilir-mi-yetki-kimde-h50484.html (Erişim Tarihi: 03. 07. 2014)]

Türkiye de İnternet'i ve özellikle de sosyal medyayı denetim altına almaya çalışmaktadır. 5651 Sayılı Kanun'da 6518 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler bunun göstergesidir. [İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun, 23.05.2007 gün ve 26530 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Çalışmamızda kısaca 5651 Sayılı Kanun olarak adlandırılmıştır. 19.2.2014 tarih ve 28918 Sayılı Resmi Gazete (RG) *"Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"* http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/02/20140219.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/02/20140219.htm (Erişim Tarihi:21.10.2014)]

Türkiye ayrıca İnternet'in teknik denetimini elinde tutmak için de çalışma başlatmıştır. Bu cümleden olarak, bir habere göre, Twitter üzerinde yer alan ve özellikle de çocuk pornosu, terör propagandası, yasa dışı fotoğraf paylaşımlarını tespit ederek bu tür paylaşımlar yüklendikten beş saniye sonra

bu tür paylaşımları otomatik olarak silen "Netclean" adlı program için Türkiye yaklaşık 40 milyon Euro'yu gözden çıkarmıştır. [http://www.gazetevatan.com/-temizlik--basliyor--642523-gundem/ (Erişim Tarihi:03.07.2014)]

İnternet'in kendine özgü karmaşık yapısı; belli bir yöneticisinin ve yetkesinin olmaması, (Kaya, 2010, 9) kullanımının çok kısa sürede yaygınlaşması, [İnternet, diğer kitle iletişim araçlarına göre çok daha sürede milyonlarca insana ulaşmıştır. Radyonun 50 milyon kişiye ulaşması 38 yılı, televizyonun 50 milyon kişiye ulaşması 13 yılı bulmuşken, İnternet'in 50 milyon kişiye ulaşması ise yalnızca 4 yıl gibi bir sürede gerçekleşmiştir. Özel, 2004, 147)] pek çok işlemin artık İnternet üzerinden hızlıca yapılması doğal olarak birtakım ciddi sorunları da gündeme getirmiştir. İnternet'in kötü amaçlarla kullanılması sonucunda "bilişim suçları" olarak adlandırılan yeni suç türleri ortaya çıkmıştır. [(*"Tabii bu İnternet devrimi bir yandan da her bilgiye herkesin ulaşabilmesi imkânını da yaratmıştır. Hayırlı işler için olduğu gibi bugünkü koşullarda nükleer teknoloji bile herkesin erişim alanı içerisindedir. Buna da "şiddetin demokratizasyonu" adı veriliyor."* (Alacakaptan, 2004, 135) Günümüzde terör örgütleri İnterneti yoğun bir şekilde propaganda, militanların eğitimi, haberleşme, bilgi toplama ve sanal saldırı gerçekleştirmek amacıyla kullanmaktadır. (Alkan, Makale, [t.y]]

Bilişim suçlarının ortaya çıkmasındaki en temel neden olarak ise İnternet'in kötüye kullanılmasını yaptırıma bağlayacak merkezi bir yetkenin bulunmaması gösterilebilir. (Kaya, 2010, 13)

İnternet üzerinden işlenen suçların bir nebze olsun önlenebilmesi adına da suç unsuru içeren İnternet sitelerine erişim yasakları konmaya başlanmış ve gerek Türkiye'de gerekse diğer ülkelerde konuyla ilgili yasal düzenlemelere gidilmiştir.

Türkiye, bu konudaki ilk yasal düzenlemesini ancak 2007 yılında yürürlüğe giren 5651 Sayılı Kanun ile yapabilmiştir. Pek çok aksayan yönü bulunmasına rağmen bu kanun Türkiye'de İnternet'i biraz da olsa kurala

bağlamıştır. İnternet'in tarihine bakıldığında, Türkiye'nin bu konuda "oldukça geç kaldığı"nı söylemek yanlış olmayacaktır. (Köse ve Özen**,** 2010**,** Bildiri)

Türkiye'nin de 30 Mayıs 2013'te başlayan "Gezi Parkı" olayları sonucunda İnternet'e erişim özgürlüğünü kısıtlayıcı bir yörüngeye doğru evrildiğini söylemek mümkündür. Zira süreçte Başbakan'ın; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanı'nın; İstanbul Valisi'nin ve sosyal medyadan sorumlu Bakan'ın söylemleri, İnternet ve özellikle de sosyal medya üzerinde daha ciddi kısıtlamalara gidilebileceğine işaret etmektedir. [(Türkiye'de 27 Mayıs 2013'te başlayıp uzunca bir süre devam eden ve sivil itaatsizlik olarak nitelendirilebilecek eylemler sırasında, kitlelerin sosyal paylaşım siteleri üzerinden örgütlenerek hükümete tepki gösterdiğini gören dönemin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan sosyal paylaşım siteleri için: "*Twitter denen bir bela var. Yalanın daniskası burada. Bu sosyal medya denilen şey aslında şu anda bana göre toplumların baş belasıdır."* demiştir. http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=420444&kn=6&ka=4&kb=6 (Erişim Tarihi:03.06.2013). Keza hükümet üyeleri hakkındaki birtakım yolsuzluk kasetlerinin İnternet'te paylaşılması üzerine Başbakan Recep Tayyip Erdoğan facebook, Twitter ve Youtube'un da kapatılabileceğini *"Bu milleti Youtube'a, facebook'a yedirmeyiz"* diyerek açıklamıştır. http://www.radikal. com.tr/ politika/basbakan_erdogandan_onemli_aciklamalar-1179966 (Erişim Tarihi: 10.03.2014). Ne var ki açıklamanın arkasından hükümet sözcüsü ve Başbakan Yardımcısı Hüseyin Çelik *"Başbakan bu mecralardaki düzensiz, sorumsuz yapıları sorguluyor ve bunlarla mücadele edilmesi gerektiğini söylüyor. Zaten söze "kapatacağız"la başlamıyor. Şunu da söyleyeyim; Yargı kararı olmadan Başbakan veya başka bir yetkili istedi diye bunlar kapatılamaz. Biz tahkime taraf olan bir ülkeyiz. Yani uluslararası mahkemelerin hakemliğini kabul eden bir ülkeyiz. Uluslararası mahkemelere gidip Türkiye aleyhine karar alacaklar... İster istemez ya açmak durumundasın ya da uluslararası camiadan kopmak durumundasınız. Avrupa Konseyi'nin mahkemesi 'AİHM beni bağlamaz' diyebilir miyiz?"*diyerek, sosyal ağlara erişim yasağı konmasının uluslararası hukuk kuralları karşısında pek mümkün olmadığını ifade etmiştir.

http://odatv.com/n.php?n=basbakan-istedi-diye-Twitter-kapatilamaz_1003_141200 (Erişim Tarihi:10.03.2014). Yine Başbakan bir mitinginden sonra "*Bu Twitter'ler var ya, şimdi mahkeme kararı çıktı. Bu Twitter mwitter, hepsinin kökünü kazıyacağız. Uluslararası camia şöyle der, böyle der hiç umurumda değil. Herkes Türkiye Cumhuriyeti'nin gücünü görecek.."demiştir.* http://www.samanyoluhaber.com/gundem/Erdogan-Twitter-mwitter-hepsinin-kokunu-kaziyacagiz/1044585/ (Erişim Tarihi:03.07.2014). Yetkililerin bu yöndeki söylemleri Türk Hükümeti'nin İnternet özgürlüklerine karşı sınırlayıcı bakış açısını ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir. Nitekim Başbakan'ın bu açıklamasından çok kısa bir süre sonra Twitter'a erişim engellenmiştir. Mehmet Ali Şahin *"Yalan tweet bomba yüklü araçtan daha tehlikeli, sosyal medyaya yasal düzenleme şart"* dedi. http://sozcu.com.tr/2013/ekonomi/sosyal-medyaya-ceza-geliyor.html (Erişim Tarihi:10.07.2013) (Altıparmak ve Akdeniz, 2013: 13 Haziran 2013 tarihli Basın Açıklaması)]

Böylesi bir yaklaşımın demokrasi adına ciddi bir geri gidiş olacağını söylemek yanlış olmaz. Çünkü, ifade özgürlüğünün olmadığı bir ortamda demokrasiden bahsedilmesi de pek mümkün görünmemektedir. (Avcı, 2013, 85)

Ayrıca ifade edilmelidir ki geleneksel kitle iletişim araçları ile pek çok benzerliğe sahip olmasına rağmen İnternet, aynı anda pek çok kişiyle karşılıklı etkileşim kurulmasına izin verdiği için özgünlüğe sahip olan bir iletişim aracıdır. (Söyler, 2013, 32) İnternet'in en önemli özellikleri arasında saydamlık, demokratiklik ve anında (eş zamanlı) ağ üzerinden etkileşime izin vermek gelmektedir. İnternet'i geleneksel medya araçlarından farklı kılan en temel özellik, tüm kullanıcıların İnternet içeriğini oluşturabilmesi ve İnternet'in belli bir merkezden idare edilmiyor oluşudur. (Avcı, 2013, 392) Ne var ki İnternet'in bu özelliklerinin hükümetlerin müdahaleleri sonucunda gereğince kullanılabildiğini söylemek de güçtür. (Avcı, 2013, 27)

Bu veriler ışığında çalışmamızda, İnternet'e erişim yasaklarının hakkın özüne dokunup dokunmadığı, yasakların demokratik toplumda gereklilik ölçütüyle bağdaşıp bağdaşmadığı, İnternet'e erişim özgürlüğü ekseninde

tartışılmıştır. Buna ek olarak çalışmamızda, erişim yasakları konusundaki değişik uygulamalar, karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında düşünce, bilgi edinme, haberleşme, eğitim, bilim ve sanat, basın ve İnternet özgürlükleri ekseninde değerlendirilmiştir.

Konunun Anayasa'nın 2'nci, 22'nci, 26'ncı, 27'nci, 28'inci, 31'inci, 34'üncü 38'inci, 48'inci ve 136'ncı maddelerine aykırılığı, Danıştay'ın, Yargıtay'ın, Anayasa Mahkemesi'nin (AYM), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bakışı ışığında, öğreti görüşleriyle birlikte irdelenmiştir.

Bu bağlamda yeri geldikçe, her ne kadar bazılarının Türkiye için bağlayıcılığı bulunmuyor ve pekçoğunda İnternet'e erişim yasakları ile doğrudan bağlantılı düzenleme yer almıyor olsa da Türkiye için bağlayıcılığı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) hükümlerinin yanı sıra, tavsiye niteliğinde olan Avrupa Konseyi'nin (AK) İnternet erişim yasaklarına yaklaşımı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (BM-İHEB); Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (BM-MSHS), Avrupa Birliği (AB) düzenlemeleri düşünce, bilgi edinme, haberleşme, eğitim, bilim ve sanat, basın özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler, yer yer İnternet erişim yasaklarıyla ilişkilendirilerek incelenmiştir. (Türkiye Avrupa Konseyi'ne (AK) 13 Nisan 1950'de üye olmuş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ise 4 Kasım 1950'de imzalamıştır. Özdek, 2004: s.77; Sözleşme ve bu Sözleşme'nin "ikizi" olan (Birleşmiş Milletler) "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme"□(BM-ESKHS)'ye Türkiye taraftır. BM-MSHS 23 Mart 1976 tarihinde "ikiziyle birlikte" yürürlüğe girmiştir ve 53 maddeden oluşmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti adına her iki Sözleşme de 15 Ağustos 2000 tarihinde New York'ta imzalanmıştır. Detaylı bilgi için bkz **Gemalmaz,** 2014/1: s.229 vd. Her iki sözleşmeyi de Türkiye 4867 ve 4868 Sayılı Kanunlarla uygun bulmuştur. Uygun bulma kanunları TBMM'nin 4.06.2013 tarihli oturumunda kabul edilmiştir. Sözleşmeler, 18.06 2013 tarih ve 25142 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ne var ki Türkiye BM-MSHS'ni bazı çekinceler koyarak onaylamayı uygun bulmuştur. Bu

nedenle her iki Sözleşme de Türkiye açısından bağlayıcıdır. (4867 Sayılı Kanun md 1; 4868 Sayılı Kanun md 1), http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4867.html (Erişim Tarihi:01.02.2014) http: //www. tbmm. gov. tr/ develop/ owa/ kanunlar_sd. durumu?kanun_no=4868 (Erişim Tarihi:01.02.2014). BM-MSHS'nin 28'inci maddesi gereğince bir "İnsan Hakları Komitesi" kurulmuştur. Buna istinaden hazırlanan ek protokol 1976'da Sözleşme ile birlikte yürürlüğe girmiş ve İnsan Hakları Komitesi'nin yetkisini tanıyan devletlerin vatandaşlarına, vatandaşı oldukları devletler aleyhine, tüm etkin iç hukuk kuralları tüketildikten sonra bireysel başvuruda bulunma hakkı tanımıştır. AB üyeliği için BM-MSHS'ne taraf olmak adeta bir önkoşul olarak kabul edilmektedir. Belirtilmelidir ki Türkiye, komitenin yetkisini çekince ile ve çok sınırlı biçimde tanımıştır. [Gemalmaz, 2014/1: s. 245 vd ile s.277). Ancak "şikayet başvurusu" ile komitenin görüş bildirme yetkisi karıştırılmamalıdır. (Gemalmaz, 2014/1: s.252)] (Afrika Halkların Hakları Sözleşmesi'ndeki (Af-HHS) düzenlemeye, özel kişilerin elindeki bilgilere ulaşma hakkı tanıdığı için (özelliği gereği) bilgi edinme hakkı açısından ayrıca değinilmiştir.)

Çalışmamızda ayrıca, Türkiye için bağlayıcılığı bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadının yanı sıra, Türkiye için bağlayıcılığı bulunmamasına rağmen Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) içtihatlarıyla, Amerikan Yüksek Mahkemesi (ABD-YM) kararlarına da ülkemizdeki uygulamalara yol göstermek adına değinilmiş, buralardaki içtihadın veya normların Türkiye'deki uygulamalara yararlı olabilecek yönleri de değerlendirilmiştir. Ancak, karşılaştırmalı hukuk veya uluslararası hukuk için ayrı bir başlık açılmamıştır. [Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bireysel başvuru hakkını tanıması, AİHS'i imzalamasından uzun bir süre sonra 28 Ocak 1987 yılında mümkün olmuştur. (Özdek, 2004, 79). Ancak başka bir eserde Türkiye'nin 21 Nisan 1987'de İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkını; 27 Eylül 1989'da da İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığı ifade edilmektedir. (Yıldız, 1998, 4)]

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Kısa bir giriş başlığının ardından, İnternet'le ilgili temel kavramlar değerlendirilmektedir.

Birinci bölümde erişim yasağı kavramının tanımı ve kavramın tanımı ve hukuki niteliğine dair açıklamaya gidilerek, erişim yasaklarının temel hak ve özgürlüklerle ve devletin genel kuramıyla ilişkisi değerlendirilmektedir.

Bölümün ilk alt başlığında, erişim yasaklarının düşünceyi açıklama ve yayma, haberleşme, bilgi edinme ve haber alma, bilim ve sanat, basın ve eğitim özgürlükleri açısından görünümü ve bu temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi İnternet'e erişim hakkına ilişkin düzenlemeler içeren değişik anayasa önerilerinin düzenlemeleriyle birlikte, örnek yargı kararları ve karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında değerlendirilmektedir.

Bölümün ikinci ana alt başlığında ise erişim yasaklarının devletin genel kuramı ile ilişkisi irdelenmektedir. Bu kısımda, İnternet'in günlük yaşantımızdaki bir araç olarak önemi, yaygınlaşan İnternet ağının devletin egemenliğine etkisi, sanal ortamdaki örgütlenme, oy kullanma hakkı gibi haklarla bağlantılandırılarak ve erişim yasakları ile ilişkilendirilerek değerlendirilmektedir. (Konu, başka bir boyutuyla çalışmanın üçüncü bölümünün 3.3 başlığında, erişim yasaklarının idare hukuku açısından görünümü değerlendirilirken de incelenmiştir)

Çalışmanın ikinci bölümü erişim yasaklarının ceza hukuku açısından görünümüne ilişkindir. Bu bölümde, erişim yasaklarının ceza hukukundaki niteliğine ilişkin kısa bir açıklamanın ardından, 5651 Sayılı Kanun'daki erişim yasaklarına ilişkin düzenlemeler ana hatlarıyla değerlendirildikten sonra, 5651 Sayılı Kanun'daki düzenlemeler yasallık, belirlilik, cezaların şahsiliği ilkeleri bakımından geniş olarak incelenmiştir. Bölümde ayrıca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun (BTK), Telekominikasyon İletişim Başkanlığı'nın (TİB) ve Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin (ESB) İnternet üzerindeki yetkileri sorgulayıcı bakışla değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde, erişim yasaklarının farklı hukuk disiplinleri açısından görünümü ayrıntılı biçimde ele alınmaktadır. Bu bölümde, 7258 Sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5'inci maddesindeki; 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 6/6'ncı ve 6/7'nci maddesindeki; 4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri

Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinin k bendindeki; 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) Ek 4'üncü maddesindeki; 30. 12. 2012 tarih, 28513 Sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPK) 99/3, 109 ve 115/son maddesindeki (ve mülga 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22/g maddesindeki); 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 9/12'nci maddesindeki erişim yasağı sonucunu doğurabilecek olan düzenlemeler de değerlendirilmektedir.

Ayrıca bu bölümde, İnternet'e erişim hakkına ilişkin düzenlemelerin Türk İdare Hukuku ile özel hukuk açısından görünümü de değerlendirilmektedir. Bu cümleden olarak İnternet alanı, İnternet'in kamu hizmeti niteliği de irdelenerek, idari kolluk faaliyeti ile idari sorumluluk nedenleri açısından incelenmiştir.

Öte yandan, Medeni Kanun'un (MK) kişiliğin korunmasına ilişkin 24 ve 25'inci maddeleri; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (BK) 57'nci ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 58'inci maddelerindeki haksız rekabete ilişkin kurallar ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 389 vd. maddelerindeki ihtiyati tedbirlere dayanılarak konan erişim yasakları-örnek yargı kararları ile birlikte- detaylı olarak değerlendirilmiştir.

Çalışmada, "erişim yasakları" deyişi tercih edilmiştir. Bunun sebebi, erişim yasaklarının tek bir mevzuatla sınırlı olmamasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türkiye'de erişim yasakları farklı mevzuatta düzenlenmiştir. Aşağıdaki irdelemeden de görüleceği gibi, her yasanın erişim yasağı koyma "yöntemi" de birbirinden farklıdır. Bir kısmı 5651 Sayılı Kanun'a göndermede bulunurken, bir kısmı erişim yasağı koymak için tamamen farklı bir yöntem belirlemiştir. Sonuç olarak, tek ve yeknesak uygulama bulunmadığı için, tek bir erişim yasağından da bahsedilmesi olanaklı görünmemektedir.

Çalışma, çalışma genelinden ulaşılan bulguların not edilmesi, öneriler ve ulaşılan sonuçların değerlendirilmesiyle sonuçlandırılmaktadır. Bu cümleden olarak Anayasa'da, ardından da diğer mevzuatta yapılması gereken değişikliklerin neler olduğu üzerinde durularak, öneriler getirilmektedir.

I.BÖLÜM

ERİŞİM YASAKLARININ TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLERLE İLİŞKİSİ

1.1. Genel Olarak

Özgürlük, içten veya dıştan gelen her etki karşısında, kritik bir tutum alıp onu yadsımak veya kabul etmektir. (Öktem, 1985, 65) Özgürlük (hürriyet), özetle "serbest hareket etme gücü" olarak betimlenebilir. Bu yönüyle özgürlük, insan eyleminin bir niteliği olup, hakkın kullanılmasındaki "serbestlik" anlamındadır. (Gözler, 2014/a, 399)

Bu bağlamda, özgürlüklerin hak olduğu söylenebilirse de her hakkın özgürlük olduğunu ifade etmek gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Çünkü, özgürlük daha ziyade kişinin düşünsel boyutu ile ilgiliyken, hak ise düşünsel boyutta oluşan özgürlük istencinin kurala dönüşmesidir. (Kaboğlu, 1998, 12-13) Yine de ifade edilmelidir ki özgürlük kavramı kesin olarak tanımlanamadığı gibi, yaşamın en önemli sorunlarından biri olarak, çağlar boyunca toplumları ve bireyleri etkilemiştir. (Öktem, 1985, 54)

Bu cümleden olarak özgürlük, herkesin başkalarının eşit özgürlüğünü ihlal etmediği sürece istediği her şeyi yapabilmesi; bireyin yaşamını başkalarının eşit özgürlüğünü güvence altına almak için zorunlu olan kısıtlamalar dışında, özgürce sürdürebilmesi olarak betimlenebilir.

Hak ise, bir yönüyle, somut olgulara yönelmiş olan özgürlüktür. (Hukukun temel kavramlarından biri olan "hak" kavramının kesin bir tanımı yapılabilmiş değildir. Değişik kuramlar, hakkı değişik şekillerde tanımlamışlardır. Haklar, kabaca bir ayrımla kamu hakları ve özel haklar olarak iki ana alt başlığa ayrıldıktan sonra; kamu hakları negatif, pozitif ve aktif statü hakları olarak kendi içerisinde üç; özel haklar ise mutlak ve nispi haklar olarak kendi içerisinde iki ana dala ayrılır. (Gözler, 2014, 155). Bu anlamda, vatandaşların isteme haklarını (eğitim, sağlık sosyal güvenlik, konut çalışma vb) anlatmaktadır. Buna karşın özgürlük, olumsuz anlamda "serbestlik"

biçiminde algılanır. Serbestlikten yararlanmayı amaçlar. (Birbirine yakın anlamda kullanılan bu iki kavramdan hak, hukukun kişiye tanıdığı bir şeyi isteyebilme yetkisiyken, özgürlük ise kişinin hukukça yasaklanmayan bir alanda, hiçbir baskı altında kalmadan kendi istencine ve kararına göre davranabilmesidir. (Aliefendioğlu, 2002, 145)

Hak, kişilere hukuk düzeni tarafından tanınan yetkidir. (Tahiroğlu ve Erdoğmuş, 2014, 128). Menfaatten (çıkar) kasıt ise, bir kişi için o kişinin kendi düşüncesine göre iyi ve avantajlı olan herhangi bir maddi ya da manevi niteliktir. (Gözler, 2014/a, 397). Hak ve menfaat kavramları iç içe girmiş gibi görünmekte ise de aslında iki kavram birbirinden farklıdır. Her menfaat hukuk düzenince korunmaz; buna karşın hukuk düzenince korunan her menfaat ise aynı zamanda bir haktır. (Özdek, 1991, 102)

Hak, bir anlamda özgürlüğe göre daha somuttur. (Gözler, 2014/a, 399). Özgürlüğün somutlaştırılmış şekli olarak da tanımlanabilecek olan hak, özgürlüğün gerçekleştirilmesi için bireylere anayasa ya da yasa ile tanınan yetkilerdir. (Gözler, 2014/a, 399) Kişiye irade gücü tanımak yoluyla korunan menfaat olarak da betimlenebilecek olan hak, hukuk düzeninin kişiye menfaatlerinden yararlanmak üzere tandığı irade hakimiyeti olarak da ifade edilebilir. (Hanağası, 2009, 53) Bu nedenle özgürlük kendiliğinden, bireyin bir eylemde bulunmasına gerek olmaksızın gerçekleşirken, hakkın yerine gelmesi için ise diğer kişilerin veya devletin, hak sahibi birey lehine birtakım edimlerde bulunması gerekir. (Gözler, 2014/a, 400) Öyleyse denilebilir ki hakkı gerçekleştiren eylem, hak sahibinin değil, başka kişilerin veya devletin eylemidir. (Gözler, 2014/a, 400) Sözgelimi seyahat özgürlüğü, özgürlüktür çünkü bu özgürlükten yararlanma, bireyin etkin eylemini gerektirir; konut hakkı ise haktır çünkü kişiye konutu sağlaması gereken devlettir. (Gözler, 2014/a, 400)

Şu halde, İnternet'e erişim bir yönüyle özgürlüktür. Zira İnternet'e erişip erişmeme bireylerin takdirinde olan bir durumdur. Bireyler dilerse İnternet hizmetinden yararlanır, dilerse yararlanmaz. Ancak günümüzde pek çok hizmetten yararlanmak için İnternet neredeyse bir zorunluluk haline

geldiğinden, devletin herkese İnternet erişimini-çağın asgari gereklerine uygun şekilde tanıması- gerektiği için, İnternet'in özgürlükten çok "hak" olarak tanımlanmasının daha uygun olacağı söylenebilir.

1.2. Kavram ve Hukuki Nitelik

1.2.1 Kavram

İnternet; İngilizce'de "kendi aralarında bağlantılı ağlar" anlamına gelen "Interconnected Networks" sözcüklerinin kısaltmasıdır. (İnternet sözcüğü, baş harfi büyük yazıldığı zaman küresel ağı, küçük yazıldığı zaman ise bilgisayarlar arası herhangi bir ağı ifade etmektedir. [(Bkz Kaya, 2010, 1 dipnot 2: söz konusu bilgiyi Kaya, Charles Seed'in The User Friendly Guide to İnternet& Computer Terms, Nevada 2001, s.67'den aktarmaktadır.) Türk Dil Kurumu tarafından, "Interconnected Networks" kavramından yola çıkılarak İnternet için "genelağ" terimi (Büyük Türkçe Sözlük http: //tdkterim.gov.tr/bts/ (Erişim Tarihi:15.07.2013) (bir başka kaynakta ise karşılık olarak ise "örütbağ" terimi) (http:// www.nedirnedemek. com/ %C3% B6r%C3 %BCtba% C4%9F-nedir%C3%B6r%C3%BCtba%C4%9F-ne-demek (Erişim Tarihi:15.07.2013)) önerilmekteyse de uluslararası terim birliğinin sağlanması açısından bu çalışmada, çalışmanın konusunun özel bir küresel ağa ilişkin olması da gözetilerek, yerleşik terim olan "İnternet" kullanılmıştır.]

İnternet, teknik olarak bilgisayar ağlarının aralarında bağlantı kurmaları ile oluşan ve bu mantıkla çalışan, dünyayı kuşatmış durumda bulunan, küresel bağlamda pek çok özelliğin kullanılabildiği, bilgiye en kolay ve hızlı bir şekilde erişilmesini sağlayan son derece etkili bir iletişim ve etkileşim ağıdır. (Mahmutoğlu, 2001, 39; Avcı, 2013, 27) İnternet, kişilerin dünya üzerinde birbiriyle çok geniş amaç ve içerikte bilgi alışverişinde bulunmalarını sağlayan ve sürekli olarak büyüyüp gelişen bir iletişim ağıdır. (Oğuz, 2012, 26) Bu bağlamda İnternet, bir bilgisayar ağı olmanın ötesinde insanları ve insanlığın düşünce ve kültür ürünlerini kapsayan bir ağ olarak da ifade edilebilir. (Akgül, 2008, 354)

İletişim kavramının İnternet'le yakın bağlantı içinde olduğu söylenebilir. İletişimin de "kişilerarası iletişim" ve "kitle iletişimi" olarak iki alt başlıkta incelenmesi mümkündür. Buna göre, kitlelere ulaşmaya yarayan yazılı basın, radyo, televizyon, videolar, plaklar, ses bantları, cep telefonu gibi cihazlar kitle iletişim araçları olarak betimlenebilirken, bunların dışındaki araçlar ise kişilerarası iletişim araçları olarak betimlenebilir. (Avcı, 2013, 12)

İntranet ise, sadece belli kurum ya da kuruluş içindeki ağları birbirine bağlayan bir ağ düzenidir. [http://www.msxlabs.org/forum/x-sozluk/81315-intranet-nedir.html (Erişim Tarihi:13.9.2013)]. Adalet teşkilatında kullanılan UYAP Bilişim sistemi ve emniyet teşkilatında kullanılan POLNET bilişim sistemi intranete örnek olarak gösterilebilir.) Bu nedenle İntranet'e İnternet'in küçük ve özelleşmiş şekli denebilir. (Oğuz, 2012, 33). İnternet, bünyesindeki özel iletişim protokolleri sayesinde herkesin kullanımına açık olan bir ağ sistemiyken, İntranet sadece belli bir grubun ulaşabileceği bir tür iç ağdır. İntranet'in kullanılması için ayrıca bir İnternet bağlantısına da gerek duyulmaz. İntranet üzerinden telekonferans dahil olmak üzere, kurum çalışanları arasında her tür bilgi paylaşımına gidilebilir. [http://www.msxlabs.org/forum/x-sozluk/81315-intranet-nedir.html (Erişim Tarihi:13.9.2013)9

Bir başka iç ağ modeli ise "Extranet" adı verilen modeldir. Bu ağ modelinde belli bir sektörün iş ortaklarının birbirine bağlanarak kendi aralarında kurdukları İntranet üzerinden şirketler arasında iletişim sağlanmaktadır. Bu şekilde şirketler arasında müşteri şikayet bildirileri, güvenlik sorunları, stok bilgileri, müşteriye özel haberler ve duyurular paylaşılabileceği gibi şirketler arasında hızlı, az maliyetli, kaynak tasarrufu sağlayan etkin iletişim olanağı da sağlanmış olur. [http:// www.agciyiz.net/index.php/servis-ve-uygulamalar/İnternet-intranet-extranet/ (Erişim Tarihi: 13.09.2013)]

Örneğin Sosyal Güvenlik Kurumu, Adalet Bakanlığı, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü, kendi online sistemlerini birbirlerinin erişimine açmaktadırlar. Bu yöntemle, sözgelimi herhangi bir icra müdürlüğü, Adalet Bakanlığı'nın kullandığı UYAP ağı aracılığı ile Emniyet Genel Müdürlüğü'nün POLNET ağına bağlanarak borçluya ait araçlara haciz

işlemi uygulayabilmektedir. Bu uygulama, Extranet için güzel bir örnek sayılabilir.

İnternet erişim faaliyetleri ile ilgili olarak çalışmada sık sık bahsi geçen bazı kavram ya da terimlerin anlamlarına değinilmelidir. Buna göre:

Başkanlık, 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-b maddesi gereğince, BTK bünyesinde bulunan TİB'i; Birlik ise , 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-n maddesi gereğince ESB'yi ifade etmektedir.

Bilgi, 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-ç maddesi gereğince, verilerin anlam kazanmış biçimi şeklinde anlaşılmaktayken, veri dendiğinde ise 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-k maddesi gereğince bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer anlaşılmalıdır. ("*Veri, ham haldeki olayları, rakamları ve detayları ifade ederken, bilgi organize edilmiş anlamlı ve yararlı veri çıkarsamalarını ifade eder.*" (Özkul, 2002, 13)

İnternet ortamı, 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-g maddesi gereğince haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan İnternet üzerinde oluşturulan ortamı; İnternet ortamında yapılan yayın ise, 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-ğ maddesi gereğince içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri ifade etmektedir.

Kavramı daha açık şekilde ifade edecek olursak, herhangi bir İnternet/blog sitesini İnternet ortamı, buralardan yapılan herhangi bir yazılı veya görsel içeriği ise İnternet ortamında yapılan yayın olarak tanımlayabiliriz.

Trafik bilgisi ise 5651 Sayılı kanun'un 2/1-j maddesine göre Taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerini ifade etmektedir. Başka bir deyişle, İnternet ortamında gerçekleştirilen her türlü erişime ilişkin olarak tarafların, bağlantı zamanı, süresi, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve bağlantı noktaları gibi değerler trafik bilgisidir.

Önemli kavramlardan bir diğeri ise "içerik sağlaycı" kavramıdır. İçerik sağlayıcı, 5651 Sayılı Kanun'un 2-1-f maddesinde *"İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, bir

İnternet sitesinin içindeki yazıları veya verileri oluşturan, kaldıran, düzenleyen kişiye içerik sağlayıcı denir.

Diğer bir kavram ise "yer sağlayıcı"dır. 5651 Sayılı Kanun'un 2/m maddesinde yer sağlayıcı *"Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri, ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır. (Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (Faaliyet Yönetmeliği) 2/ş maddesinde de aynı mahiyette bir tanıma rastlıyoruz.) Buna göre, yer sağlayıcılık (hosting) hizmeti; Telekom veya Superonline gibi şirketlerin sunduğu İnternet aboneliği hizmetinin, web siteleri için hazırlanmış ve onların İnternet'e erişimlerini sağlayan halidir. Başka bir deyişle, kullanıcılara sunulan İnternet aboneliğinin web sitelerine sunulmuş teknik nitelikli şeklidir.

Başka bir kavram ise "erişim sağlayıcı" kavramıdır. Erişim, bir İnternet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını, erişim sağlayıcı ise kullanıcılarına İnternet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-e maddesinde erişim sağlayıcı *"kullanıcılarına İnternet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır. [("*Erişim sağlayıcı, doğrudan doğruya İnternet bağlantısına sahip olan fakat başkalarının oluşturduğu verileri depolayabileceği sunucuları (ana bilgisayarları) bulunmayan İnternet ögesidir. Başka bir söyleyişle, erişim sağlayıcı verilerin İnternete ulaşmasında yalnızca aracılık etme işlevi üstlenmektedir*." (Sınar, 2001, 42, 89). (Bu bağlamda, Superonline, TTNET gibi şirketler erişim sağlayıcı şirketler olarak adlandırılabilir.)]

Web 2.0 teknolojisinin gelişmesi ile ortaya çıkmış olan ve aslında hukukumuzda tanımı bulunmayan "ortam sağlayıcı" olarak ifade edilebileceğini düşündüğümüz kavram ise yeni bir kavramdır. Kavrama, sosyal paylaşım sitelerinin ortaya çıkması ile gereksinim duyulmuştur. Buna göre, kanaatimizce bir sosyal paylaşım sitesinde, içeriği oluşturan kişinin içerik sağlayıcı olduğu ifade edilebilirse de bu içeriğin oluşturulmasına ve yorumların yazılmasına izin veren hizmet sunucusuna "ortam sağlayıcı" adı verilmelidir.

[(Web 2.0, ikinci nesil İnternet teknolojisini ifade etmektedir. Web 2.0, O'Reilly Media tarafından 2004'de kullanılmaya başlayan bir sözcüktür ve ikinci nesil İnternet hizmetlerini - toplumsal iletişim sitelerini, vikileri, iletişim araçlarını, folksonomileri- yani İnternet kullanıcılarının ortaklaşa ve paylaşarak yarattığı sistemi tanımlar. Kelimenin tam anlamı tartışmaya açıktır, Tim Berners-Lee gibi teknoloji uzmanları da kelimenin manasını sorgulamıştır. Geniş bilgi için bkz http://www.paulgraham.com/web20.html (Erişim Tarihi:04.08.2015). Web 2.0 olarak adlandırılan sosyal ağlar üzerinde tamamen sıradan kullanıcılar tarafından üretilen içerik sunulmakta ve içeriğin gelişimi kullanıcılar tarafından belirlenmektedir. (Akgül, 2008: s.355)]

Ortam sağlayıcı, erişim sağlayıcıdan farklıdır. Çünkü erişim sağlayıcı, biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, kişilerin veya kuruluşların İnternet'e bağlanmasına aracılık etme hizmeti veren şirketlerdir. Yer sağlayıcı ise, biraz yukarıda ifade edildiği üzere, bir web sitesini barındıran yapıdır. Oysa sosyal paylaşım sitelerinde, sözgelimi Facebook'ta bir kişinin oluşturduğu içerik (profil), www.facebook.com adlı alan adının altında bulunmakta ve ilgili kişi buraya yorumlarını yazıp paylaşımda bulunmaktadır. Bu nedenle, www.facebook.com adlı web sitesi, içeriği oluşturan için ortam sağlayıcıdır. Bu sitenin faal olabilmesi için de başka bir sanal ortamda bulunması (barınması) gerekmektedir. Facebook'un bulunduğu (barındığı) şirket ise, Facebook açısından yer sağlayıcıdır.

Bilinmesi gereken diğer kavram ise "toplu kullanım sağlayıcı" kavramıdır. 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-j maddesine göre kişilere belli bir yerde ve belli bir süre İnternet ortamı kullanım olanağı sağlayan işletmelere toplu kullanım sağlayıcı adı verilmektedir. Kanun'un dilini halk diliyle ifade edecek olursak, toplu kullanım sağlayıcıya, "İnternet kafe" denebilir.

Önemli diğer iki kavram ise erişimin engellenmesi ve içeriğin yayından çıkarılmasıdır. Erişimin engellenmesi 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-o bendine göre *"alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini";* içeriğin yayından kaldırılması ise 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-ö bendine göre *"İçerik veya yer sağlayıcılar tarafından*

içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılmasını" ifade etmektedir.

Örnek olarak, http://engelliweb.com adlı İnternet sitesine hiçbir şekilde ulaşılamaması (hiçbir İnternet kullanıcısının başkaca herhangi bir yazılım kullanmadan veya teknik destek almadan İnternet sitesine erişememesi) durumunda, adı geçen İnternet sitesine alan adı veya IP yöntemiyle erişim engellenmiş olmaktadır.

Ancak, bir İnternet sitesinin belirli içeriklerinin içerik veya yer sağlayıcı tarafından sitenin içinden veya sunucularından çıkarılması (bu durumda sitenin diğer sayfalarına/yazılarına herhangi bir kullanıcı tarafından erişim sağlanması mümkündür) ise içeriğin yayından çıkarılması demektir.

URL ise, 5651 Sayılı Kanun'un 2/1-p bendi gereğince *"İlgili içeriğin internette bulunduğu tam internet adresini"* ifade etmektedir. Sözgelimi TİB tarafından erişimi engellenen İnternet sitelerinin tümünün adlarına http://engelliweb.com/tib-tarafindan-erisime-engellenen-siteler/ adlı başlıktan ulaşılabilir. Adı geçen bilgi, belirtilen uzantının altındadır. Bu uzantıya "URL" adı verilmektedir.

Bilinmesi gereken son kavram ise 5651 Sayılı kanun'un 2/1-r bendinde tanımlanmış olan "uyarı yöntemi"dir. Yasadaki tanıma göre *"İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemi"* uyarı yöntemini ifade etmektedir. (Geniş açıklama için çalışmanın II. Bölümü'nün özellikle 2.4.1 ve 2.6 başlıklarına bakılabilir.)

1.2.2. Hukuki Nitelik

İnternet'e erişim yasakları büyük ölçüde konusu suç olan fiilleri içermesi nedeniyle ceza ve ceza muhakemesi hukukunu ilgilendirmektedir. Suç ve ceza denkleminde, erişim yasaklarının ceza hukukunun ilke ve ölçütlerine uyarlı biçimde incelenmesi gerektiğinden, buradaki tahlil ve analizlerin de hukuk devletinin gerekleri dikkate alınarak irdelenmesi gerekmektedir.

Erişimin engellenmesi, yetkili kamusal merciler tarafından hukuka aykırı bulunan İnternet içeriğine çeşitli teknik yöntemler uygulanarak kişilerin erişiminin engellenmesi olarak tanımlanabilir. (Söyler, 2013, 215. Erişimin engellenmesi yöntemleri çalışmanın II. Bölümü'nün 2.6 başlığında geniş olarak değerlendirilmiştir.)

Erişimin engellenmesi kurumunun hem adli hem de idari boyutu bulunmaktadır. Bunun teknik sonucu, kararın adli nitelik taşıdığının kabul edilmesi durumunda sadece adli merciler tarafından, idari nitelik taşıdığının kabul edilmesi durumunda ise sadece idari merciler tarafından karar alınabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir. (Söyler, 2013, 216-217)

Erişim yasağı, ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirleriyle birçok yönden benzeşmektedir. [("*Koruma tedbiri terimi yönünde ceza hukuku öğretisinde bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar kavramı koruma tedbiri olarak adlandırırken, bazıları "zorlama önlemi, bazıları "yargılama önlemleri", bazıları "usul tedbirleri", bazıları "zorlayıcı önlem", diğer bazıları ise "ceza muhakemesi tedbirleri" olarak adlandırmaktadır.* (Özbek, 1999, 20, dipnot:9). *"Türk doktrininde koruma tedbirleri terimi hakkında bir birlik yoktur. Bunlara Taner ihtiyati tedbir; Erem usul tedbirleri, Yüce zorlayıcı önlem; Yurtcan, ceza yargılaması önlemi; Tosun, Kunter/Yenisey/ Nuhoğlu, Centel/Zafer ve Hakeri/Ünver de koruma tedbirleri terimini kullanmaktadır. Biz de kurumu daha iyi ifade etmesi bakımından koruma tedbirleri terimini tercih ediyoruz."* (Öztürk /Tezcan /Erdem/ Sırma/ Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, 2013, 445) *"Koruma tedbiri, Hukukun diğer dallarında da rastlanılan bir müessese olup "tehlike tedbiri"nin bir çeşididir. Tehlike dediğimiz ve korktuğumuz "zarar ihtimali"ne karşı aldığımız tebdirlere "tehlike tedbiri" adını veriyoruz."* (Yenisey ve Nuhoğlu, 2014, 381)] Gerçekten de koruma tedbirlerindeki geçicilik, suç işlenmeden önce temel hak ve özgürlüğü kısıtlama, delilin kaybolmasınının önlenmesi, araç oluş, belli şüphe derecesinin aranması, orantılılık ilkesine uygunluk, yasayla düzenlenmiş olma, gecikmede sakınca bulunması, suç şüphesinin belli bir yoğunlukta olması gibi özellikler erişim yasakları açısından da geçerlidir. [(Özbek, 1999,21; ayrıca bkz Öztürk / Tezcan /Erdem /Sırma /Kırıt /Özaydın /Akcan

/Erden, 2013, 446-449; Yenisey ve Nuhoğlu, 2014, 383-386; Özbek, 2009, 180.) Ayrıca İnternet Ortamında Yapılan yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in (RG: 30.11.2007 T., 26716 S) 13'üncü maddesinin başlığı da "koruma tebdiri olarak erişimin engellenmesi kararı" şeklindedir.]

Ne var ki erişim yasaklarının ceza muhakemesi hukukundaki koruma tedbirlerinden faklı yönleri de bulunmaktadır. Örneğin koruma tedbirlerinin mutlaka yargıç, gecikmede sakınca varsa savcı (veya yasanın açıkça yetkilendirdiği görevli) tarafından yerine getirilmesi mümkünken, erişim yasaklarına idari nitelikteki bir kurum olan TİB de- bazı koşullar altında-karar verebilmektedir. Ayrıca, kuramsal olarak erişim yasağı tedbirinin süresiz biçimde uygulanması da mümkündür. Öte yandan, koruma tedbirlerine genellikle delillere ulaşılması, delillerin korunması veya sanığın hazır bulundurulması amacıyla başvurulmaktadır. Oysa 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde düzenlenen erişim yasağı tedbirinde ise maddede sayılan suçlar bakımından yeterli şüphe sebebi olması durumunda, başlamış ve devam etmekte olan bir ihlalin sonuçlandırılması amaçlanmaktadır. (Dülger, 2014, 770)

Hatta, 633 Sayılı Kanun'un 6'ıncı maddesi gereğince verilen erişim yasağı kararının sulh hukuk hakimi tarafından verilebilmesi (geniş değerlendirme için III'üncü Bölüm'ün 3.2.2 başlığına bakılabilir) veya 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 12/7/2013-6495 Sayılı Kanun'un 47'nci maddesi ile eklenen 14'üncü fıkra (geniş değerlendirme için II'nci Bölüm'ün 2.5.1 başlığına bakılabilir) gereğince 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlara, kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabileceklerine ilişkin yetki verilmiş olması şeklindeki düzenlemeye bakıldığında; keza 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 99/3 maddesinin son cümlesi gereğince (geniş değerlendirme için III'üncü Bölüm'ün 3.2.5 başlığına bakılabilir) *"İzinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin,*

İnternet aracılığı ile yürütüldüğü tespit edildiğinde; içerik ve yer sağlayıcılarının yurt dışında bulunması hâlinde, Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu erişimi engeller." şeklindeki düzenlemeye bakıldığında; erişim yasağının Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) anlamındaki geleneksel koruma tedbirlerinden ayrıldığı görülecektir.

TİB, 5651 Sayılı Kanun'da belirtilen bazı durumlarda İnternet sitelerine idari tedbir yoluyla kendiliğinden erişim yasağı koyabilmektedir. Bu durum da bir yönetsel kuruluşun İnternet sitelerine, yargı kararına gereksinim duymadan erişim yasağı koyabilmesi yönünde uygulama olanağı tanıdığı için erişim yasağı koruma tedbirinin, geleneksel koruma tedbirlerinden ayrıldığını göstermektedir. (Geniş değerlendirme için çalışmanın II'nci bölümünün 2.2.1 başlığına bakılabilir.)

Öte yandan, ceza muhakemesindeki tüm koruma tedbirlerinin anayasal dayanağı bulunmakta ve anayasanın bir veya birkaç maddesi ile bağlantısı bulunmaktayken, erişim yasaklarının anayasal dayanağı bulunmamaktadır. Bu da erişim yasağı tedbirini diğer geleneksel koruma tedbirlerinden ayıran başlıca farklardandır. (Aksi görüş için bkz Söyler, 2013, 219)

AYM, bireysel başvuru yoluyla Twitter hakkında verdiği 2.4.2014 T., 2014/3986 B. sayılı kararında, sulh ceza mahkemeleri tarafından verilen erişim yasağı kararlarının ceza muhakemesi hukuku anlamında bir tür koruma tedbiri olduğu kanısına varmıştır. Kararda özetle:

> *"47. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının ilgili mevzuat hükümleri gereğince erişimin engellenmesine ilişkin kararının kural olarak bir yargı kararını gerektirdiği, bu konuda görevli mahkemelerin sulh ceza mahkemeleri olduğu ve mahkemelerce verilen kararın niteliği itibariyle bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu açıktır. Buna göre TİB ancak mahkemece bu konuda alınmış bir karara dayalı olarak ve bu kararda öngörülen tarzda engelleme kararının icrasını gerçekleştirebilecektir."*[http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/ BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402 6bdd44 702537? WordsOnly=False AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi:16.04.2014)]

denilerek erişim yasağı tedbirinin ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu ifade edilmiştir.

Kararda, koruma tedbirlerinin ancak yargıç kararıyla alınabileceği, idari bir mercinin ise alınmış olan yargı kararını yalnızca, bu kararın sınırları dahilinde uygulayabileceği vurgulanarak, TİB'in yaptığı işlemin yalnızca mahkemenin kararını uygulamak olduğu vurgulanmıştır. AYM, bu gerekçe ile erişim yasağını koruma tedbiri olarak nitelemektedir.

Keza AYM, 2.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı, 5651 Sayılı Kanun'un 8/16'ncı maddesini iptal ettiği kararında da erişim yasağının "tedbir" olduğu sonucuna şu gerekçe ile ulaşmıştır:

> *"Demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan "erişimin engellenmesi" tedbiri, yargı kararı ile yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak düzenlenmektedir. 5651 sayılı Kanun'daki erişim engelleme kararları cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbir niteliğindedir."* [(http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43 e-48b7-9283 40 dade21 b8a4?exclude Gerekce= False & words Only=False AYM'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı (Erişim Tarihi: 09.03.2015)]

AYM'nin bu kararlarına rağmen, birkaç paragraf yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle, erişim yasaklarının koruma tedbirlerinden ayrı, kendine özgü bir tür tedbir niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. (Benzeri bir görüş için bkz Dülger, 2014, 770). Ne var ki AYM'nin kararlarında erişim yasağı tedbirinin ceza muhakemesi koruma tedbiri olduğu ifade edilmektedir. Oysa, bu nitelikteki bir tedbir CMK'da yer almamaktadır. Bu nedenle de erişim yasağı tedbirinin "kendine özgü" bir tedbir olduğu söylenebilir. AYM'nin gerekçelerine bu nedenle katılmıyoruz.

1.3. Erişim Yasaklarının Temel Hak ve Özgürlükler ve Devlet Genel Kuramıyla İlişkisi

1.3.1. Erişim Yasaklarıyla İlişkili Olan Temel Hak ve Özgürlükler

İnternet'e erişim hakkı niteliği gereği pek çok temel hak ve özgürlükle kaçınılmaz olarak bağlantılıdır. İnternet'in pek çok hakla olan bağlantısı, bu hakkı kendine özgü (sui generis) bir konuma getirmiştir. (Örnek AİHM, ABD-YM, AYM ve Yargıtay kararları için aşağıdaki alt başlıklara (özellikle düşünceyi açıklama ve yayma ile basın özgürlüğü; (başlık 1.3.1.1 ve 1.3.1.2) bakılabilir.)

Bu nedenle İnternet'e erişim hakkının tüm yönleriyle anlaşılabilmesi için, bu hakla bağlantısı olan diğer hak ve özgürlüklerin de incelenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, İnternet özgürlükleriyle yakın bağlantı içerisinde olan düşünceyi ifade, basın, haberleşme, bilgi edinme, haber alma, eğitim, bilim ve sanat özgürlükleri, alt başlıklarda örnek yargı kararlarının, emsal anayasa önerilerinin yorumlanması suretiyle incelenmiştir. Ayrıca, sanal ortamda örgütlenme ve toplanma hakkı gibi yeni tartışmaları da gündeme getirdiği için, İnternet'e erişim hakkı ile devlet genel teorisinin de bağlantısı bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin, özelinde İnternet'e erişim hakkının devlet genel teorisi ile olan bağlantısı da aşağıda ayrı bir alt başlık halinde incelenmektedir.

AYM'nin Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B. sayılı bireysel başvuru kararında da ifade özgürlüğünün niteliği gereği pek çok hak ile bağlantılı olduğu, basın özgürlüğünün de bu haklardan biri olarak önemi gereği Anayasa'da özel olarak düzenlendiğini şöyle ifade etmiştir:

> "*37. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından*

biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. Madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B.No:2013/2602, 23/1/2014, §44)." **(**AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False (Erişim Tarihi: 16. 04.2014))

Bazı Anayasa önerilerinde İnternet'e erişim hakkı, diğer hak ve özgürlüklerle de bağlantısı ve kendine özgü niteliği gözetilerek Anayasa metninde ayrıca düzenlenmiştir. Hacettepe Üniversitesi tarafından oluşturulan 2012 tarihli Anayasa Taslağı, (Hacettepe Üniversitesi 2012 Anayasa Taslağı, (HÜ-2012), https: //www.hacettepe. edu.tr/ hakkinda/hacettepe-universitesi-anayasa-taslagi-2012.pdf (Erişim Tarihi:29.08.2014)) ve Müstakil Sanayici ve İş Adamları Derneği (MÜSİAD) tarafından 2011 yılında hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Müstakil Sanayici ve İş Adamları Derneği, (MÜSİAD-2011) http://anayasaizleme.org/wp-content/uploads/2011/11/MUSIAD-Anayasa-Onerisi.pdf (Erişim Tarihi:02.09.2014)) bunlara verilebilecek iki önemli örnektir.

Hacettepe Üniversitesi Taslağı'nın, "İnternet ve Sosyal Medya Özgürlüğü" başlığını taşıyan 56'ıncı maddesi şöyledir:

"(1) Herkesin özgür İnternet ve sosyal medya erişimine ve özgür İnternet ve sosyal medya yayıncılığına hakkı vardır.

(2) İnternet üzerindeki düşünce açıklamaları düşünce, bilim ve sanat, basın, haberleşme, toplantı ve gösteri, örgütlenme vb. özelliklerine göre ancak Anayasada öngörülen özel nedenlere dayalı olarak sınırlanabilir.

(3) Ticarî İnternet kullanımı ve yayıncılığı kanunla düzenlenir.

(4) Çocukları koruma amaçlı özel filtreleme dışında İnternette sansür ve genel zorunlu filtreleme yasaktır. Bu yasak, yayın sonrası sorumluluğu etkilemez." (HÜ-2012,53)

Taslak, İnternet'e erişim hakkını açıkça düzenlemiştir. İnternet'e erişim hakkının özgürce, sınırlandırmaya tabi tutulmadan kullanılması esastır. Ne var ki İnternet'e erişim özgürlüğü ancak düşünce, bilim ve sanat, basın, haberleşme, toplantı ve gösteri, örgütlenme gibi özelliklerine göre Anayasada belirtilen özel nedenlere dayalı olarak sınırlandırılabilecektir.

Taslak metnine göre İnternet'e genel amaçlı filtreleme konması yasak olup, ancak çocukları korumak amacıyla özel amaçlı filtrelemeye izin verilebilecektir.

Taslak metni, İnternet'e erişim hakkını temel haklardan saymakla olumlu bir yaklaşım sergilemektedir. Bu hakkın anayasa taslağında açıkça tanınmış olması, hakkın kendine özgü niteliğinden ötürü önemlidir.

Taslaktaki bu hükmün, yürürlükteki Anayasa'ya da eklenmesinde yarar görüyoruz. Zira İnternet'e erişim hakkı, özü itibarıyla basın, toplantı, haberleşme, bilgi edinme, düşünceyi ifade, eğitim hakkı gibi haklardan farklı olmakla birlikte, bünyesinde bu hakları da barındıran "sui generis" bir haktır. Bu nedenle de Anayasa metninde ayrıca tanımlanması gerekmektedir. [(Nitekim Kostarika, Estonya, Finlandiya, Fransa, Yunanistan ve İspanya, İnternet'e erişim hakkını anayasal, yasal düzeyde tanımlamış veya yargı kararlarıyla tanımıştır. Rotkoph, 2015, Makale, (2 February 2015)]

Taslak metnin ikinci fıkrasında, İnternet üzerindeki düşünce açıklamalarının düşünce, bilim ve sanat, basın, haberleşme, toplantı ve gösteri, örgütlenme gibi özelliklerine göre ancak Anayasa'da belirtilen sınırlandırma nedenlerine göre sınırlandırılabileceğinin ifade edilmesi de olumlu olmuştur. Zira, İnternet'e erişim hakkı, daha önce de ifade edildiği üzere, sayılan tüm bu hakları da kapsayan kendine özgü bir haktır. Bundan ötürü, İnternet üzerindeki düşünce açıklamalarının sınırlandırılmasında, bünyesine uyan hakkın sınırlama nedenlerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Maddenin son fıkrasına göre İnternet'e sansür uygulanması yasaktır. Bu anlamda genel filtreleme gibi devletlerin İnterneti denetim altında tutabildiği uygulamaların tamamen yasaklanması olumlu olmuştur. Keza çocukların İnternet'in zararlı etkilerinden korunması için özel filtreleme uygulamasının yasak olmaması da taslak metindeki diğer olumlu düzenlemedir. Çocukların,

İnternet'in zararlı etkilerinden korunması için özel filtreleme uygulamasının, karşılaştırmalı hukuk uygulamalarına da uygun bir yaklaşım olduğu görülmektedir. (Detaylı bilgi için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.2.1.2.2 başlığına bakılabilir.) Devletin, İnternet özgürlüğüne karışmaması esasına dayanan maddenin, çağımızın gerekleri ile koşutluk taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Olması gereken, benzeri bir düzenlemenin yürürlükteki anayasa metnine eklenmesi veya çıkarılacak olan yeni anayasaya konmasıdır.

İnternet'i kullanma özgürlüğünü içeren başka bir tasarı ise Müstakil Sanayici ve İş Adamları Derneği (MÜSİAD) tarafından 2011 yılında hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi'dir. ((MÜSİAD-2011) http://anayasaizleme.org/wp-content/uploads/2011/11/MUSIAD-Anayasa Onerisi.pdf (Erişim Tarihi:02.09.2014))

Önerinin 20'nci maddesi "Basın ve Yayın Özgürlüğü" başlığı ile özgürlüğü:

> *"Herkes, basın ve yayın hak ve özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük, bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama, eser meydana getirme ve İnterneti kullanma haklarını içerir. Süreli ve süresiz yayın yapmak veya basımevi kurmak, izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz."*

İfadeleriyle düzenlemektedir. (MÜSİAD-2011: s.72). Öneride İnternet'i kullanma özgürlüğünün de basın özgürlüğünün kapsamında değerlendirilmesi dikkat çekicidir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 16 Nisan 2014 günlü oturumunda "İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Rehberi"ni *(Guide to Human Rights for İnternet Users)* kabul etmiştir. [Kararının İngilizce sürümü için bkz: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2184807 Guide to Human Rights for İnternet Users (Erişim Tarihi:04.08.2014)]. "Tavsiye" niteliğinde olan bu karara göre, AK üyesi olan tüm devletlerin bireylere AİHS ile tanınan temel hak ve özgürlüklerin kullandırılmasını sağlaması gerektiği, buna İnternet'e erişim ve İnternet'ten yararlanma hakkının da dahil olduğuna karar vermiştir.

Adı geçen karara göre, İnternet'ten yararlanma hakkı yalnızca AİHS

kapsamındaki haklarla sınırlı olarak sağlanmayacak; AK tarafından imzalanmış olan tüm andlaşmalardaki bilgiye ulaşma hakkı, ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri hakkı, özel yaşama saygı ve kişisel verilerin korunması gibi diğer haklar bakımından da yararlanmayı ve korumayı sağlayacaktır. [(http://anayasagundemi.com/2014/04/20/avrupa-konseyi-ve-avrupa-birliginden-İnternet-ile-ilgili-iki-onemli-karar/ (Erişim Tarihi:04.08.2014) Ayrıca BM de 16 Mart 2011 tarihli raporunda İnternet'e erişim hakkını en temel insan haklarından biri olarak kabul etmiştir. http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (Erişim Tarihi: 06.10.2015). Avustralya İnsan Hakları Komisyonu da İnternet erişimini herkes için temel bir insan hakkı olarak tanımıştır. https://www.humanrights.gov.au/publications/background-paper-human-rights-cyberspace/8-right-access-internet (Erişim Tarihi: 06.10.2015)] Böylece, İnternet'in "sui generis" niteliği bu kararla da vurgulanmıştır.

İnternet'e erişim hakkı "gelişme hakkı" ile de yakın bağlantı içindedir. Öyle ki gelişme hakkının bünyesinde bulunan herkesin kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı, çalışma konumuzla yakın bağlantı içindedir. Zira bilgiye erişim ve öğrenme hakları da gelişme hakkı ile yakın ilişki içindedir. İnternet'e erişim hakkı da kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile ilintili olduğundan, "gelişme hakkı" ile de yakın bağlantı içinde düşünülebilir. (Gelişme hakkı hakkında geniş bilgi için bkz Aslan, 2009, 5 vd. Ayrıca bkz Kaboğlu, 2014, 219 vd.; Akıncı, 1999, 22, 23)

Yargıtay 8'inci CD, 22.06.2004 T., 2003/2930 E., 2004/5686 K. sayılı kararında düşünceyi ifade özgürlüğünün bireyin gelişme hakkı bakımından da fevkalade gerekli olduğunu şu gerekçe ile özetlemektedir:

> *"Bunun yanında, ifade özgürlüğü her bireyin kendisini gerçekleştirmesinin de temel koşullarından birini oluşturur. İnsan ifade özgürlüğü sayesinde kendisini tanımlar, başkalarını algılar ve yaşamını anlamlı hale sokar. Eğer demokratik bir süreç ve her bireyin gelişmesi isteniyorsa, anlatım özgürlüğünün korunması hayati önem taşır. Serbest bir kamuoyu oluşturmak, bütün seçeneklerin tartışılmasını sağlamak ve*

en geniş anlamda halkın yönetimine katılımını ve denetimini gerçekleştirmek ancak bu sayede mümkün olabilir." (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 8.CD, 22.06.2004 T., 2003/2930 E., 2004/5686 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:27.02.2014))

Buradan hareketle, bir kimsenin İnternet aracılığı ile bilgilenmesinin de kişiliğinin gelişmesi açısından önemli olduğu söylenebilir. Bundan ötürü, devletin İnternet sitelerine koyduğu erişim yasaklarının özellikle çocukların kişiliklerini geliştirme hakkını engelleyebileceği ifade edilebilir. Hangi İnternet sitesine ne gerekçeyle erişim yasağı konduğu bu yönüyle dikkatlice değerlendirilmelidir. Ülkemizde İnternet sitelerine siyasi veya ideolojik nedenlerle de erişim yasağı konduğu gözetildiğinde, bireylerin gelişme hakkının da İnternet erişim yasakları nedeniyle sıklıkla ihlal edildiği ve bu bağlamda Anayasa'nın 17/1'nci maddesinin ihlal edildiği söylenebilir. [Bunun son örneklerinden birisi de gazeteci-yazar Mehmet Baransu'nun hükümetle ilgili rüşvet ve yolsuzluk iddialarını yazdığı "yenidonem" adlı web sitesine konan erişim yasağıdır. http: //www. yurtgazetesi. com.tr/gundem/baransudan-adliyede-bekleme-eylemi-h46390.html (Erişim Tarihi: 10.03.2014)]

AYM, yakın zamana kadar özel olarak İnternet'e erişim yasaklarını incelemiş ve kararlarına konu etmiş değildir. Ne var ki AYM, çok yakın bir tarihte Twitter adlı sosyal paylaşım sitesine konan erişim yasağı kararına karşı yapılan bireysel başvuruyu değerlendirmiş ve bu konuda sonraki kararlarına ışık tutacak bir gerekçe sergilemiştir. [(AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 K sayılı bireysel başvuru kararı (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402 6 b d d 4 4 7 0 2 5 3 7 ? w o r dsOnly=False) (Erişim Tarihi:16.04.2014). Karar, gerekçeleri ile birlikte çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.2.1 ve 2.5 başlıklarında kapsamlı olarak irdelenmiştir. Çalışmamızın diğer başlıklarında ise, konuyla bağlantısı olan boyutlarıyla ele alınmıştır. Tekrara yol açmamak adına bu başlıkta yalnızca ana ilkeler özetlenmiş ve kararın ifade özgürlüğü hakkındaki paragraflarına değinilmiştir.]

AYM 29.05.2014 T. ve 2014/4705 B. Sayılı kararında bu kez "Youtube" adlı İnternet sitesine konan erişim yasağı nedeniyle benzeri bir yaklaşım gösterek, İnternet erişiminin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler geliştirmiştir.[(http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/ Content /e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29. 05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı (Erişim Tarihi:17.06.2014) Karar, gerekçeleri ile birlikte çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.2.1 ve 2.5 başlıklarında kapsamlı olarak irdelenmiştir. Çalışmamızın diğer başlıklarında ise, konuyla bağlantısı olan boyutlarıyla ele alınmıştır. Tekrara yol açmamak adına bu başlıkta yalnızca ana ilkeler özetlenmiş ve kararın ifade özgürlüğü hakkındaki paragraflarına değinilmiştir.]

AYM, yakın bir geçmişte, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı *"İş Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"un* 127'nci maddesiyle değiştirilen 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine eklenen 16'ncı fıkranın iptali talebiyle açılan davada İnternet erişiminin engellenmesini incelemiştir. [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-9283-40dade21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı (Erişim Tarihi: 09.03.2015). Karar, gerekçeleri ile birlikte çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.2 başlığında kapsamlı olarak irdelenmiştir. Tekrara yol açmamak adına bu başlıkta yalnızca ana ilkeler özetlenmiş ve kararın ifade özgürlüğü hakkındaki paragraflarına değinilmiştir.]

Kararlardan yola çıkılarak, AYM'nin erişim yasakları konusundaki temel ölçütlerini belirlemek mümkündür. Buna göre AYM, İnternet sitelerine konacak olan erişim yasaklarında ifade özgürlüğünün korunması adına temel olarak şu ölçütlerin bulunmasını aramaktadır:

1.) İnternet erişiminin sınırlandırılmasında kapatma son çare olmalıdır.
2.) İnternet erişiminin sınırlandırılmasında kademelilik ilkesine uyulmalıdır.
3.) İdari merciler İnternet'e olabildiğince az müdahale etmelidir.

4.) İdari mercilerin müdahalesi yargı denetimine açık, somut ve belirli olmalıdır.
5.) İnternet erişiminin sınırlandırılması yalnızca idareye bırakılmamalıdır.
6.) Erişim yasağına ilişkin idari kararlara karşı hızlı ve etkin yargısal denetim sistemi kurulmalıdır. Zira, İnternet'te haberler güncelliğini çok çabuk yitirmektedir.
7.) Sosyal medyanın ve İnternet'in özgür doğası korunmalıdır. Zira, sosyal medya da düşüncenin farklı biçimlerdeki ifade tarzlarından birisidir.
8.) Sosyal medyanın ve İnternet'in sınırlandırılmasına ilişkin kuralların konmasında ve uygulanmasında son derece hassas davranılmalıdır.
9.) İnternet sitelerine konan erişim yasaklarına itiraz edilmesi durumunda, erişim yasağı konan siteden bir nedenle yararlanan herkese itiraz hakkı tanınmalıdır.
10.) Düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hakkın özü, demokratik toplumda gereklilik, ölçülülük, meşru amaca yönelme ve orantılılık ilkeleri, İnternet'e erişim hakkının korunmasında da uygulanmalıdır. Zira, İnternet'e erişim hakkı, düşünceyi ifade hürriyetinden ayrı olarak yorumlanamaz.
11.) Erişim yasaklarının uygulanmasında, suçta ve cezada kişisellik ilkesine dikkat edilmeli, hukuka aykırı içeriği paylaşmayan kişilerin erişim yasağından ötürü mağdur olmaması sağlanmalıdır.

Yukarıdaki ölçütlerden yola çıkılarak, İnternet'e erişim hakkının ifade özgürlüğünden ayrı düşünülemeyeceği, zira İnternet'e erişim hakkının ifade özgürlüğünün farklı bir görünümünden ibaret olduğu söylenebilir. Bu cümleden olarak, başta da ifade ettiğimiz gibi, İnternet'e erişim özgürlüğünün kendine özgü ve diğer hak ve özgürlüklerle olan bağlantısı da gözetilerek, Anayasa'da ayrı ve bağımsız bir hak olarak tanınmasının hakkın özgün niteliğine daha uygun bir yaklaşım olacağını düşünüyoruz.

Yukarıda özetlenerek aktarılan ölçütler çalışmamızın (konusuna göre) II'nci Bölümü'nün 2.2.1 (TİB'in Yapılanması ve İnternet Üzerindeki Yetkileri), 2.5 (5651 Sayılı Kanun'un 8 ve 8/A Maddelerindeki Erişim Yasakları) ile 2.6 (5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A Maddelerindeki Erişim Yasakları) başlıklarında detaylı olarak irdelendiği için, bu başlık altında AİHM'in, ABD-YM'nin ve AYM'nin ifade özgürlüğüne ilişkin emsal niteliğindeki bazı kararları veya adı geçen kararların ifade özgürlüğüne ilişkin gerekçeleri incelenmiştir. (AYM'nin ifade özgürlüğü ile ilgili pek çok kararı bulunmaktadır. Ancak bu kararların detaylı olarak incelenmesi durumunda, çalışma konumuzun kapsamı çok genişleyecek, İnternet'e erişim yasaklarına ilişkin içtihadın değerlendirilmesi amacından sapılabilecektir. Öte yandan, ifade özgürlüğü ile İnternete erişim yasaklarının birbiriyle iç içe olduğu da gözetilerek, bu kısımda, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlara detaylı olarak girilmemiş, bu kararlardan bir kısmı aşağıdaki "1.3.1.1" başlığında değerlendirilmiştir. Asıl irdeleme ise erişim yasaklarına ilişkin kararlar üzerinden yapılmıştır.)

Aşağıda, aslında birbirinden çok da kesin çizgilerle ayrılabilmesi mümkün olmayan ve hatta neredeyse birbirleriyle iç içe geçmiş olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilgi edinme, haberleşme ve haber alma özgürlüğü; eğitim, bilim ve sanat özgürlüğü, incelemede kolaylık olması açısından belirtilen sırayla ayrı alt başlıklar halinde incelenmiştir.

1.3.1.1. Erişim Yasaklarının Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü Açısından Görünümü

1.3.1.1.1. Genel Değerlendirme

İnsan düşüncesi ile kendini bulur ve düşünce ifade edilebildiğinde hem ifade edene hem de kendisine değer katar. Düşüncenin, kişinin en temel özgürlüklerinden biri olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira düşünce varsa insan vardır; düşünce varsa toplum vardır. (Karagöz, 2004, 1)

İnsanın en temel ve vazgeçilmez özgürlüklerinden biri olan ifade özgürlüğünün olmadığı bir ortamda, salt düşünceye sahip olmanın çok bir anlam ifade etmediği söylenebilir. (Karagöz, 2004, 1)

Düşünme, bireyin iç dünyası ile ilgili olduğundan, sosyal davranışlarla ilgilenen hukukun kapsamında ortaya konulamayacak bir kavramdır. Zira düşünce, bireyin içsel yaşamının en gizli alanından kaynaklanır. Bu nedenle, düşünme özgürlüğünün her türlü düzenlemenin dışında olduğunu söylemek mümkün olabilir. (Kaboğlu, 1998, 191)

Anayasanın 25'inci maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti, 26'ncı maddesinde ise düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti teminat altına alınmıştır.

Düşünce özgürlüğü, insanın serbestçe düşüncelere ulaşabilmesi, düşüncelerinden ötürü kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkaları ile birlikte ve çeşitli yollarla serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, kişilere herhangi bir engelleme ya da müdahale ile karşılaşmadan konusunu kendilerinin belirlediği ifadeleri, kendi belirledikleri araçlarla ifade edebilme, açıklayabilme, yayabilme, savunabilme, bu açıklamalara ulaşabilme ve edinebilme özgürlüğü veren hukuki bir statüdür. (Özsoy, 2008, 27) Bu cümleden olarak denebilir ki 25'inci madde bizatihi düşünce ve kanaat hürriyetini teminat altına almaktadır. Bu nedenle sınırlandırılamayan, bireyin içsel (dışa yansımamış olan) düşüncesi ile kanaatleridir. Oysa 26'ncı maddede, bireyin içsel düşüncesinin dışa yansıyan hali (düşüncenin ifadesi) teminat altına alınmaktadır. İfadenin değişik şekilleri korunduğu gibi, bunun sınırlandırma nedenleri de 26'ncı maddede düzenlenmiştir.

Fikir ve düşüncelere ulaşabilme olanak ve serbestisi, düşünce özgürlüğünün hammaddesini oluşturur. (Kaboğlu, 1998, 191). Öte yandan, ifade hakkının özü ve sınırlarının belirlenmesi, çatışan çeşitli hakların da dengelenmesini gerektiren karmaşık, yasal bir süreçtir. (Özsoy, 2005, 29)

İfade özgürlüğü, özgürlükçü demokratik devletlerin temelini oluşturup bu özgürlük olmaksızın demokrasi düşünülemez. (Karagöz, 2004, 2) Demokrasinin temeli olan ifade özgürlüğü, Anayasa'nın 26'ncı maddesi ile birtakım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Maddenin ilk fıkrasında, "resmi makamların müdahalesinin olmaması" ölçütü öngörülmüştür. Ne var ki bu

ölçüt, hakkı güvencelemekten ziyade, devlete hakkı koruma yükümlülüğü yüklemektedir. (Kaboğlu, 1998, 192)

Anayasa'nın 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırları açıkça belirtilmiştir. Buna göre, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatının yahut kanunu öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarından birine (ya da birkaçına) bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti sınırlandırılabilecektir.

Devlet, ifade özgürlüğünü zorunlu olmadıkça sınırlandırmamalı, hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldıracak şekildeki yaptırımları uygulamamalıdır. Devletin bu anlamda hem olumlu, hem de olumsuz görevleri vardır.

AYM'nin Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B. sayılı bireysel başvuru kararının 43'üncü paragrafında (ve AYM tarafından Youtube" hakkındaki 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararın 53 numaralı paragrafında) devletin ifade özgürlüğü alanındaki görevleri şöyle belirtilmiştir:

> "*43. İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. Özgür Gündem/Türkiye, B.No:23144/93, 16/3/2000, §43). Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §56)."* (AYM'nin 02.04.2014

T., 2014/3986 B. numaralı kararı http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False (Erişim Tarihi:16.04.2014). Aynı yönde bkz http://www. kararlaryeni. anayasa.gov.tr/ BireyselKarar/ Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı, p.53) (Erişim Tarihi:17.06.2014)

2001 değişikliği ile 26'ncı maddeden sınırlandırma nedeni olarak genel ahlakın korunması kaldırılmıştır. Ne var ki AİHS md 10'a göre ifade özgürlüğü, genel ahlakın korunması gerekçesi ile de sınırlandırılabilmektedir. Bu durumda, AİHS'in sınırlandırma nedenini Anayasamıza göre daha mı geniş kabul etmek gerekecektir? (Genel ahlak, toplumsal değer yargılarındaki belli bir uyuşmayı ve oydaşmayı ifade eder. Ancak, uluslararası metinlerde ne kamu düzeni ne de genel ahlak kavramları üzerinde bir tanım birliği bulunmaktadır. Ne var ki uygulamada çoğu kez aynı anlamda kullanılsa dahi kamu düzeni kavramı ile genel ahlak (ve adap) kavramını birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Zira, genel ahlaka aykırılık taşıyan her davranışın aynı zamanda kamu düzenine de aykırı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ne var ki kamu düzeninin mutlaka yasada yer alması gerekirken, genel ahlakın ise yasa ile düzenlenmesi şart değildir. Başka bir söyleyişle, yasaya girmeyen bir kural ahlaka aykırı olabilir, fakat kamu düzenine aykırı olamaz. (Müderrisoğlu, 1977, 489, 504). Anayasa Mahkemesi'ne göre genel ahlak, belli bir zamanda belli bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kuralları ile ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır. (AYM'nin 28.1.1964 T., 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararı (http: //www. K ararlaryeni. anayasa.gov.tr/Karar/Content/a34330a1-f933-4562-9605-66c572f1daa6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False)(Erişim Tarihi: 29.07.2014))

Gerçekten de AİHS'in 10'ncu maddesine göre sağlığın veya ahlakın korunması gerekçesi ile de ifade özgürlüğü sınırlandırılabildiğine göre, AİHS'te düzenlenen ifade özgürlüğünü sınırlandırma nedenleri, Anayasa'da düzenlenenlere göre daha geniştir.

AİHS'e taraf olan devletlerin, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin nedenleri AİHS'te düzenlenen nedenlerden daha dar şekilde düzenlemesi gerektiği söylenebilir. (Avcı, 2013, 187) Anayasa'nın 26'ncı maddesinin bu yönüyle AİHS'e aykırı olmadığını söylemek mümkündür.

Ancak Anayasa'da sağlık veya ahlakın korunması gerekçesiyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılabileceğine ilişkin düzenleme bulunmadığı halde 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 1/a-5 bendi gereğince çok tartışmalı olan müstehcenlik suçu (TCK 226) gerekçesiyle erişim yasağı konabilmesi, ahlakın korunmasına ilişkin bir sınırlandırma nedeni Anayasa'nın 26'ncı maddesinde bulunmadığı için, Anayasa'nın 26'ncı maddesine aykırılık oluşturabilecektir. Keza, 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesinde genel sağlığın korunması gerekçesiyle içeriğin çıkarılması ya da içeriğe erişim engeli konması kabul edilmiştir. 8/A maddesinin Anayasa'nın 26'ncı maddesinde düzenlenmiş olan sınırlandırma nedenlerinin dışındaki bir nedenle ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı bir kural koyduğu için Anayasa'nın 26'ncı maddesine aykırı olduğu söylenebilir.

Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, genel ahlakın korunması AİHS'in 10'uncu maddesinde sınırlandırma nedenleri arasında sayılmış; AİHM de buna bağlı olarak Handyside Kararı'nda yaptığı yorumda, (bkz Avcı, 2013, 131. İngilizce metin için bkz Case of Handyside v. United Kingdom [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Handyside%22],%22itemid%22:[%22001-57499%22]} (Erişim Tarihi: 31. 08. 2013)] İngiltere'nin *"Küçük Kırmızı Okul"* başlıklı çocuk kitabını cinsel içerik taşımasını gerekçe göstererek yasaklamasını Sözleşme'nin 10/2'nci maddesindeki genel ahlakın korunması ilkesine aykırı bulmamıştır. (Arslan, 2002, 142). Buna karşın, sınırlandırma nedenleri arasında gösterilen milli güvenlik, kamu güvenliği ve kamu düzeni kavramları AİHS md 10/2'de sayılan nedenlerle koşutluk taşıdığı için AİHS ölçütlerine uygundur. (Avcı, 2013, 184)

Belirtilmelidir ki düşünce özgürlüğü, diğer pek çok özgürlük için "eksen" bir özelliğe sahiptir. (Karagöz, 2004, 3). Bu nedenle, bir ülkede yeterli düzeyde ifade özgürlüğü varsa, o ülkede diğer hak ve özgürlüklerin de olduğu

savunulabilir. (Zabunoğlu, 1999, 5) Ayrıca düşünce özgürlüğünün bizatihi kendisi, diğer özgürlükleri (basın, bilgiye erişim, haberleşme gibi) "besleyici" bir işlev yerine getirmektedir. (Kaboğlu, 1998, 193) Öte yandan, ifade özgürlüğünden yoksun olan toplumlarda demokrasinden bahsedilemez. [(Avcı, 2013, 1. AİHM, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun asli temellerinden biri olduğu görüşündedir. (Özdek, 2004: s.240)]. Ne olursa olsun, unutulmaması gereken bir gerçek vardır ki o da özgürlüğün ancak başkasının özgürlükleriyle yan yana geldiğinde bir anlama bürüneceğidir. Başka bir deyişle, bir özgürlük (özellikle de düşünceyi ifade özgürlüğü) eğer kişinin iç dünyasında kalıyor ve kamusal alanda kişinin kendisini ifade etmesine olanak tanımıyorsa "açığa vurabilme" özgürlüğünün olduğunu ifade etmek güçtür. (Soysal, 1997, 142)

AYM, ifade özgürlüğünün "eksen özgürlük" olarak pek çok diğer hak ve özgürlükle olan bağlantısına "Youtube" hakkındaki 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında şöyle değinmiştir:

> *"47 Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B. No: 2013/2602,23/1/2014, §40).*
>
> *50 Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde*

kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §44)."[http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

Şu halde AYM'nin İnternet'e erişim özgürlüğü ile düşünceyi ifade özgürlüğünü birbiriyle iç içe geçmiş özgürlükler olarak yorumladığını söylemek mümkündür.

Ne var ki ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar, zorunlu olarak bir denge anlayışını da beraberinde getirmektedir. İfade özgürlüğü ancak düzenin korunduğu, suçun önlendiği veya genel olarak güvenliğin sağlandığı bir ortamda gelişme imkânı bulabilir. (Kaboğlu,1998, 202) Zira demokratik rejimde devlet, insan haklarını korumak ve gözetmekle de yükümlüdür. (Kaboğlu,1998, 202)

AİHS'in 10'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün yasal dayanağı olmak ve demokratik toplumda gerekli olmak şartıyla üç tür genel sınırlama hükmüne tabi olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi, bireyi korumaya yönelik, ikincisi, genel yararı korumaya yönelik, üçüncüsü ise yargı gücünün bağımsızlığını korumaya ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olan sınırlamadır. (Karagöz, 2004, 4)

AİHM, ifade özgürlüğünün kullanımının sınırlarını her somut olayın özelliğini de dikkate alarak başvuru sahibi tarafından güdülen amaca, müdahale edilen ifadenin içeriğine ve söz konusu ifadenin bağlamına göre yorumlamaktadır. Ayrıca, ifadenin kime yöneldiğini de dikkate almaktadır. [*"...Bu itibarladır ki devlet yönetimine katılan (veya daha önceleri katılmış olan), siyasi veya sosyal alanlarda çok önemli mevkilerde bulunan (veya daha önceleri bulunmuş olan) kişilerin kendilerini eleştiren yazılar karşısında diğer kişilere oranla çok daha hoşgörülü olmaları gerekir. Hoşgörülü davranmaları kendilerinden beklenen kişiler kategorisinde devlet ve siyaset adamlarının yanında şöhretli yazarları, ün yapmış sanatçılar ile sporcuları da sokmak gerekir."* (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 388). "*Kamuca tanınan bir*

kişinin, toplum içindeki mevkiine ilişkin önemli sonuçlar elde edilecekse, özel hayatın uygun biçimde öğrenilmesinde toplumun çıkarı vardır ve bu oranda özel hayatına ilişkin olarak yapılacak açıklamalar kişilik hakkına tecavüz teşkil etmez."(Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 137) *"Kamuya mal olmuş, kamunun dikkatini çeken kişiler bu özellikleri nedeniyle, kamu yararına yapılan basın açıklamalarında anonim kişilere kıyasla daha az korunmaktadır…. Toplum içinde bulundukları konum nedeniyle kamuoyunun dikkatini çeken kişiler kamuya mal olmuş kişilerdir."* (Özel, 2004, 50-51)]. Bundan ötürü, eğer ifade, bir politikacıya yönelmişse daha az sınırlamaya tabi olacaktır. (Tanju, 2012, 167). Yine AİHM'e göre, politik ya da kamu yararının olduğu durumlarda politikacıların ve diğer kamu görevlilerinin itibarı ile kamu çıkarlarının tartılarak, kamu yararı amacıyla verilen beyanatlarda, beyanat doğru olmasa dahi, ifade özgürlüğü şeref ve haysiyetin korunması karşısında üstünlük taşımaktadır. Bu nedenle, gazetecinin haberin doğruluğunu ispatlaması gerekmez. Gazetecinin elinde olaylarla ilgili kaynak bulunması yeterlidir. (Özel, 2004, 42)

Nitekim Incal Kararı'nda AİHM Kürt kökenli emekçilere karşı yerel yöneticiler tarafından yürütülen politikayı eleştiren ancak henüz dağıtılmamış olan bildirinin yazılmasına katkı koyan başvurucunun mahkumiyetinde zorlayıcı bir toplumsal gereksinim bulunmadığına ve verilen cezanın izlenen amaçla orantılı olmadığına karar vererek Türkiye'yi Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlalinden ötürü mahkum etmiştir. (Kaboğlu, 1998, 198)

Gerger-Türkiye davasında ise başvurucu Haluk Gerger, Deniz Gezmiş ve arkadaşları için düzenlenen bir anma törenine yazılı mesaj gönderdiği için, gönderdiği mesajdan ötürü Terörle Mücadele Kanunu'nun 8'inci maddesi gereğince hapis ve para cezasına mahkum edilmiştir. AİHM, gerekçeli kararında törene çok az insanın katıldığını, şiddete veya silaha başvurulmadığını, olayda isyana teşvik yönünde bir eylemin de görülmediğini; bundan ötürü verilen cezanın ulaşılmak istenen amaçla kısyaslandığında "ağır ve orantısız" olduğunu ifade ederek Türkiye'yi Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlali gerekçesi ile mahkum etmiştir. (Avcı, 2013, 155. Ayrıca bkz Case of Gerger v. Turkey (Türkçe Sürüm), p.46, 47, 48

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141253 (Erişim Tarihi:06.11.2014))

Ancak AİHM'in, Incal Kararı'nda ihlal görmesinin temel sebebi, bildirinin henüz dağıtılmamış oluşudur. Ayrıca bildiri dağıtılmış dahi olsa, etkisi görsel medya kadar olmayacak, belli bir alanla sınırlı kalacaktır. Gerger Kararı'nda ise anma törenine gönderilen bildirinin sadece o törene katılan kişilere hitap ettiği, bu nedenle etkisinin de o kitle ile sınırlı olduğu gerekçesiyle başvurucuya verilen ceza "orantısız" bulunmuştur.

AİHM, Sözleşme hükümleri gereğince, âkit devletin, AİHS'teki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin gerekli olup olmadığına karar verirken, uygulanan tedbir bakımından araç-amaç dengesinin gözetilip gözetilmediğini dikkate alır. (Fendoğlu, 2002, 132). Aynı amaca ulaşılabilen başka bir yöntem varken, hak ve özgürlüğü daha fazla sınırlayan bir yönteme başvurulmuş olması durumunda AİHM tarafından ihlalin varlığı tescillenir. (Bu ölçüt, AİHM tarafından Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlalinde sıklıkla uygulanmaktadır. Fendoğlu, 2002, 132)

Medya açısından ifade özgürlüğü konusu, 2007 tarihli Nur Radyo-TV AŞ & Türkiye Kararı ile irdelenmiş ve kararda ne derece şok edici veya rahatsız edici içerik taşırsa taşısın bir ifade eğer şiddete teşvik etmiyor, kendi dini cemaatlerine üye olmayan kimselere karşı bir şiddet kışkırtıcılığı içermiyorsa, bu nitelikteki bir ifadenin cezalandırılmasının AİHS md 10'a aykırılık oluşturacağı belirtilmiştir. [Kararın kısa özeti için Tanju, 2012, 248. Türkçe tam sürüm için bkz http://www.inhak. adalet. gov.tr/ ara/karar / nurradyo.pdf (Erişim Tarihi: 04.12.2013)]

1.3.1.1.2. AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

1.3.1.1.2.1. Genel Ölçütler

AİHM'in yerleşik içtihadı gereğince, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında (AİHS md 10/2) birtakım ölçütler benimsenmiştir. (Ölçütler ve geniş açıklama için bkz Tanju, 2012, 168-174; Fendoğlu, 2002, 121). Buna göre ilkin müdahalenin yasa ile öngörülmüş olması gerekmektedir.

Yasa ile öngörülmeden, yasanın varlığının yanı sıra, bu yasal düzenlemenin belirlilik ilkesine uygunluğu da anlaşılmalıdır. İkinci olarak, kısıtlamanın yasa ile öngörülen meşru amaçlardan birini veya birkaçını (ulusal güvenlik, genel ahlak, genel sağlık vb) gerçekleştirmeye yönelmesi gerekmektedir. Son olarak müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması şarttır. Bundan kasıt, müdahalenin acil bir sosyal gereksinimi karşılaması ve orantılılık taşımasıdır. (Tanju, 2012, 170). Belirtmek gerekir ki demokratik toplum kavramı, Avrupa insan hakları hukukunun eksen kavramıdır. (Kaboğlu, 2013,154)

Türkiye'deki İnternet erişim yasaklarının bu ölçütlerle bağdaştığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Nitekim AİHM, 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nda (p.57, p.67) 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin yasallık ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmadığını belirterek Türkiye'yi Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlalinden ötürü tazminata mahkum etmiştir. [Karar, çalışmamızda farklı yönleriyle incelenmiştir. (http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı (18.12.2012 T., 3111/10) (Erişim Tarihi: 01.08.2013)]

1.3.1.1.2.2. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Daha önce de değinildiği üzere AİHM, ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temeli olarak görmektedir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün sağlanmasını demokratik toplumun ilerleyişi ve bireysel gelişmenin önemli bir halkası olarak değerlendirir. (Özdek, 2004, 240) Handyside-İngiltere Kararı'ndaki içtihada göre örneğin düşünce özgürlüğünün sınırlanması için o düşüncenin yalnızca uçta, şok edici veya rahatsız edici olması yetmez; şiddete teşvik ve telkin edici olması da gerekir. (Avcı, 2013, 133; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, (AİHK 2003), Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 345) Zira bu ilkeler çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörünün temelidir. (Özdek, 2004, 240) Aynı kararın devamında AİHM, ifade özgürlüğünün demokrasinin asli unsurları arasında bulunduğunu açıkça

belirtmiştir. (Avcı, 2013, 130) Zira Mahkemeye göre İfade özgürlüğü sayesinde toplumsal ilerlemeler sağlanır.

AYM de yukarıda belirtilen (ve aşağıda geniş biçimde değerlendirilen) AİHM içtihadındaki ilkelere benzer şekilde 23.01.2014 T., 2013/2602 B. numaralı kararında ifade özgürlüğünü şöyle özetlemiştir:

> *"41. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.*
>
> *42. İfade özgürlüğünün sözü edilen toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için, AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplumdan" bahsedilemez (bkz. Handyside/Birleşik Krallık,B.No: 5493/72, 7/12/1976, §49)."* (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.Tr/BireyselKarar/Content/a412701c-4ef6-4bc3-9f61-c3afae727165?wordsOnly=False AYM'nin 23.01.2014 T., 2013/2602 B. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 15.03.2014))

AYM de tıpkı AİHM gibi, ifade özgürlüğünün demokratik toplumun vazgeçilmez değeri olduğunu belirtmektedir. Buna göre ifade özgürlüğünün ilkesel olarak sınırlandırılmaması esastır. Bu belirleme sırasında AYM, ifade

özgürlüğünün bireylerin ve toplumun sağlıklı gelişimi açısından gerekli olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda, ifade özgürlüğünün korunması, her türlü düşüncenin demokratik ilkeler çerçevesinde tartışılmasına bağlıdır. Çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin korunması için rahatsız edici de olsa, şok edici de olsa her türlü düşüncenin kendisini ifade etme hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir.

AYM, bu eksendeki yaklaşımını erişim yasakları hakkında verdiği kararlarında da sürdürmüştür. Nitekim AYM'nin Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B. sayılı bireysel başvuru kararında da düşünceyi ifade özgürlüğünün önemini, yukarıda özetlenen kararına atfen şöyle ifade etmiştir:

> *"25. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. (B.No:2013/2602,23/1/2014, §41)."*
>
> *35. İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "demokratik toplumdan" bahsedilemez (Handyside/Birleşik Krallık,B.No: 5493/72, 7/12/1976, §49)."* [AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı

kararıhttp://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False (Erişim Tarihi:16.04.2014) *aynı yönde bkz* AYM, "Youtube" hakkındaki 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı (Youtube) kararı p. 48: http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

AİHM, pek çok kararında ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemini açıkça vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, ifade özgürlüğü demokratik toplumun temel taşlarından birisi olup, ifade özgürlüğünün devlet ve toplumun bir kesimi için hoş görülmeyecek olan fikirleri hatta şok edici fikirleri de kapsamaktadır. (Karagöz, 2004, 17) Mahkemeye göre, bir açıklama veya bir fikir beyanı şiddete, düşmanlığa, nefrete veya terörizme teşvik etmediği sürece ne kadar uçta ve kabul edilemez bulunsa dahi korunur. (Avcı, 2013, 154. Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı–Türkçe sürüm: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22baskaya%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22respondent%22:[%22TUR%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22baskaya%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22respondent%22:[%22TUR%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]}) (Erişim Tarihi: 30.07.2014)) .Bu nedenle *"ifade özgürlüğüne AİHS md 10 ile konan sınırlandırmaların dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan gereksinimin ikna edici biçimde ortaya konması"* gerekmektedir. (Fendoğlu, 2002, 137). Bu durum, The Observer and Guardian-İngiltere kararında açıkça ifade edilmiştir. [Kısa özet için bkz Avcı, 2013, 142 vd. İngilizce metin için bkz Case of The Observer and Guardian v. United Kingdom [http: //hudoc. echr. coe. int/ sites/ eng/ Pages/ search. aspx#{%22fulltext%22:[%22The%20Observer%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57705%22]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22The%20Observer%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57705%22]}) (Erişim Tarihi:07.11.2013)]

Biraz yukarıda kısaca özetlenen Handyside Kararı'ndakine benzer bir gerekçe Lingens Kararı'nda da kurulmuştur. Lingens Kararı'nın gerekçesinde basın özgürlüğü ekseninde ifade özgürlüğünü irdeleyen AİHM, ifade özgürlüğünün Sözleşme'nin 10/2'nci maddesi gereğince sadece lehte olan veya

muhalif sayılmayan veya ilgilenmeye değmez gibi görünen haber veya fikirler için değil, hükümete muhalif olan, halka çarpıcı gelen, uçta yer alan hatta rahatsız edici niteliği olan fikirler için de kabul edildiğini ifade eder. (AİHK, 2003, 363 vd.) Ayrıca kararda, felsefi, ideolojik ya da dinsel de olsa denetim dışı kalan bireysel kanaatler ve toplu anlayışlar karşısında devletin organlarının tam bir tarafsızlık gösterme yükümlülüklerinin de bulunduğu ifade edilmiştir. (Kaboğlu, 1998, 195)

AİHM, Delfi AS-Estonya Kararı'nda da (p.23) Handyside ve Lingens Kararları'ndaki gerekçeye atıfta bulunmuş ve şok edici, rahatsız edici, ilgilenmeye değmez fikirlerin dahi korunmaya değer olduğunu ifade etmiştir. [(Delfi AS- Estonya Davası, Büyük Daire, 16 Haziran 2015, Başvuru no. 64569/09), Türkçe Sürüm http:// hudoc.echr. coe.int/eng# {%22display%22: [%220%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2264569/09%22],%22itemid%22:[%22001-157287%22]} (Erişim Tarihi:03.09. 2015). (Ancak AİHM, kararın sonraki paragraflarında, olayın niteliği gereği, yapılan yorumların Sözleşme'nin 10/2 maddesi gereğince koruma göremeyeceğine hükmetmiştir. Delfi AS-Estonya Kararı'nın geniş özeti ve analizi için Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.4.2 başlığına bakılabilir.)]

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, AİHM tarafından içtihat yoluyla belirlenmiştir.

AİHM, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramına Olsson-İsveç Kararı ile açıklık getirmiştir. (Kısa özet için bkz AİHK, 2003, 302). Buna göre, gereklilikten anlaşılması gereken, toplumun zorunlu bir gereksinimine yanıt verilmesi ve verilen bu yanıtın da orantılı olmasıdır. (AİHK, 2003: s.302). Bu ilkeler de ancak sağlıklı biçimde işleyen bir demokraside sağlanabilecektir. [Olsson Kararı, Türkçe özet: p.67, 68, 69 https://ihami. anadolu. edu.tr/ aihmgoster.Asp ? id=156 (Erişim Tarihi:07.11.2014).İngilizce metin için bkz Case of Olsson v. Sweden http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Olsson%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57548%22]} (Erişim Tarihi: 07.11.2013)]

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı Zana-Türkiye Kararı'nda da tartışılmıştır. Zana Kararı'ndaki gerekçeye göre "gereklilik" kavramı, vazgeçilmez kavramından daha güçsüzdür ama "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul" veya "yerinde" kavramlarından daha güçlü bir anlam içerir. [Tanju, 2012, 203 vd. Ayrıca bkz http: //ihami. anadolu. edu.tr/ aihmgoster.asp?id=719 (Erişim Tarihi: 07. 11. 2013)) Demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi AİHS md 9/2, 10/2, 11/2 (Fendoğlu, 2002, s.129) ve BM-MSHS md 14/1, md 21, md 22'de kullanılmaktadır.[(http: //www. ihop. org.tr/dosya/sozlesme/ (Erişim Tarihi: 07. 11.2013)]

Zana Kararı'nda oluşturulan AİHM içtihadına göre, bireyin ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terörist örgütlerin saldırılarına karşı kendini koruma meşru hakkı arasında "adil bir denge"nin kurulması gerekmektedir. (Kaboğlu, 1998, 197). Zira, dava konusu olayın geliştiği dönemde Türkiye'nin güneydoğusundaki mevcut durum ışığında başvurucunun sözleri değerlendirildiğinde görülmektedir ki davacı 30.08.1987 tarihli bildirisinde "PKK ulusal bağımsızlık hareketi"ne desteğini "katliamları olumlu karşılamadığını" da belirterek ifade etmektedir. Ardından başvurucu *"herkes hata yapabilir, PKK da yanlışlıkla kadın ve çocukları öldürmektedir"* demektedir. (Tanju, 2012, 203)

AİHM ise başvurucunun sözlerini hem PKK terör örgütünü desteklediğini ifade etmesi hem de katliamlara karşı olduğunu belirtmesinden ötürü ve bu katliamların "hata" olduğunu belirtmesi nedeniyle çelişkili bulmuştur. (Tanju, 2012, 203) Ayrıca başvurucu Diyarbakır'ın eski belediye başkanı olduğu için yörede tanınan ve etki sahibi biridir. Bu nedenle, sözlerinin toplumda daha büyük etki doğurması da kaçınılmazdır. Bundan ötürü, başvurucuya verilen ceza "zorlayıcı bir toplumsal gereksinimi" karşıladığı gibi, ulusal makamların gerekçelerinin de "elverişli ve yeterli" olduğunu söylemek de mümkündür. Bu nedenle AİHM Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. (Tanju, 2012, 204)

Bu cümleden olarak, örneğin ırkçılığa, yabancı düşmanlığına ve ayrımcılığa teşvik eden düşünceler; şiddet ve nefret içeren söylemler sınırlanabilir. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 17'nci maddesinin tartışılmasında

yarar bulunmaktadır. Keza AİHM, bu nitelikteki söylemlerin Sözleşme'nin 17'nci maddesi kapsamında himaye görmeyeceğine karar verebilir. (Weber, 2009, 19)

Nitekim AİHM Norwood & İngiltere Kararında AİHM evinin penceresine İngiliz Ulusal Partisi'nin (BNP) bayrağını asarak "*İslam İngiltere'den dışarı-İngiliz halkını koruyun!"* yazan ve yasaklama işareti ile üzeri çizilen bir ay-yıldızı içeren postere verilen kararı 17'nci madde açısından değerlendirerek bu eylemin Sözleşme'nin 17'nci maddesine aykırılık içerdiğine ve bu nedenle 10 ile 14'üncü maddelerin de korumasından yararlanamayacağına karar vermiştir. (Tanju, 2012, 166)

AİHM'in Zana ve Norwood Kararı'ndaki gerekçelerinin, İnternet özgürlükleri açısından bakıldığında Delfi Kararı'ndaki gerekçe ile de benzeştiği ifade edilebilir. (Delfi Kararı, Bölüm IV-I-D, p, 31). (Delfi AS-Estonya Kararı'nın adı geçen paragrafının detaylı yorum ve analizi için için Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.4.2 başlığına bakılabilir.) Gerçekten de AİHM, Delfi Kararı'nda şiddet içeren, nefrete teşvik eden yorumların Sözleşme nezdinde himayet görmeyeceği ve yorumların Delfi gibi büyük bir İnternet haber portalı tarafından İnternet üzerinden yayınlanmış oluşunun da etki arttırıcı niteliği bulunduğunda hükmederek Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir. (Delfi Kararı, Bölüm IV-I-D, p, 24, 25, 27, 44).

Şu halde, ifade özgürlüğünün korunması adına şiddet veya nefret içeren söylemlerin Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında koruma görmeyeceği, ifade özgürlüğünün korunması ile şiddet veya nefret içeren içeriklerin mağdurlarının hakları kıyaslandığında AİHM'in nefret veya şiddet içerikli söylemlerden mağdur olan kişilerin haklarını daha üstün ve korunmaya değer bulduğunu söylemek mümkündür.

5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesinin varlığı karşısında akla şöyle bir soru gelebilir: (8/A maddesi hakkında detaylı irdeleme için Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.2 başlığına bakılabilir). Zana Olayı'ndaki söylemlerin benzerinin İnternet üzerinden yayınlanması söz konusu olursa ve bu söylemler demeç nedeniyle bir İnternet sitesine ya da içeriğe 8/A maddesinden ötürü erişim yasağı konacak olursa acaba AİHM, bu erişim yasağını Sözleşme'nin

10/ 2 ile 8/A maddesindeki "ulusal güvenlik", "kamu düzeninin korunması" amaçlarına uygun bir sınırlama olarak yorumlayıp, Sözleşme'nin ihlal edilmediğine mi hükmedecektir?

Zana ve Delfi Kararı'ndaki gerekçeden yola çıkılırsa, AİHM'in yorumu açısından bunun mümkün olabileceği söylenebilir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere Zana Kararı'nda AİHM *"bireyin ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terörist örgütlerin saldırılarına karşı kendini koruma meşru hakkı arasında "adil bir denge"nin kurulması gerektiğini"* savunmaktadır. Bu "adil denge"yi tartan terazinin, benzer nitelikteki söylemlerin İnternet sitesi üzerinden yayınlanması durumunda İnternet'in kamuoyu üzerindeki etkisi de gözetildiğinde "demokratik toplumun kendini koruma hakkı" yönünde daha ağır basacağını söylemek hatalı bir yorum olmayacaktır.

AİHM, Soering Kararı'nda yasayla öngörülen ve kamu düzeninin korunması için demokratik bir toplum bakımından zorunlu olan sınırlamaların hiçbir zaman hakkın özüne dokunamayacağı, sınırlamaların hangi nedenle olursa olsun hakkın özünü boşaltma sonucu doğuramayacağı ifade edilerek, demokratik toplumun gereklilikleri ölçütünün içinde hakkın özüne dokunmama ilkesini de barındırdığına işaret etmiştir. [(Kaboğlu, 1998, 101 (dipnot:4)]

AİHM ayrıca Sözleşme'de yer alan her hak ve özgürlüğün yorumunun demokratik toplumun idealleri ve değerlerini koruma genel fikri ile uzlaşması gerektiğine işaret etmiştir. (Kaboğlu, 1998, 129) Buna göre, çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık fikirlilik demokratik toplumun temel niteliklerindendir. [Handyside Kararı, p. 49 (AİHK, 2003, 345)]. Bu bağlamda hukuk güvenliğinin de demokratik toplumun temelinde yer aldığı ve bunun hukuk kurallarının ulaşılabilir oluşu ile açık ve öngörülebilir oluşunu da kapsadığı ifade edilmelidir. Öte yandan AİHM, dokunulmaz haklara dokunulmaması gerektiği gibi, Sözleşme'nin olanak tanıdığı sınırlamaların da sınırlayıcı yoruma tabi tutulması gerektiğine işaret ederek, demokratik bir toplumdaki sınırlamaların hiçbir zaman hakkın özüne dokunmaması gerektiğini de vurgulamaktadır. (Kaboğlu, 1998, 130)

1.3.1.1.2.3. Erişim Yasaklarının Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Açısından İncelenmesi

AİHM, Otto Preminger-İnstut& Avusturya; Aydın Tatlav & Türkiye kararlarında (kararların kısa özeti için Tanju, 2012, 249-251) ahlaki ve dini inançların korunması gerekçeleriyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını tartışmış; bu iki konuda ve özellikle de din konusunda kişilerin şahsi kanaatlerini rencide edebilecek durumlar bakımından ifade özgürlüğünün sınırlarının düzenlenmesi yerel makamların takdirinde olduğu sonucuna ulaşmıştır. Üstelik, insanların dini inançlarına saldırı konusunun değerlendirilmesine, başkalarının haklarının korunması bağlamında, ahlak ölçütünde olduğu gibi dini istismar konusunda da Avrupa çapında ortak bir anlayışın bulunmadığına işaret etmek gerekir. (Tanju, 2012, 251) .Başvuran kişi için dini öğreti hakkındaki fikirlerini halka iletme hakkı ne kadar korunmaya değerse, diğer insanların düşünce, inanç ve dini özgürlüklerine saygı duyulması da o derecede korunmaya değerdir. Ancak burada çoğulculuk ilkesi ön plana çıkmaktadır. Bir dini inanca mensup olan kişiler, kendi inançlarına karşı yapılacak sert eleştirileri de göze almak ve hatta başka din mensuplarının kendi inançlarını yayma hakkına da saygı duymayı bilmelidirler. Zira, açık fikirlilik, hoşgörü ve başka inançlara saygı demokrasinin özünü oluşturmaktadır. (Tanju, 2012, 252)

Ulusal makamlar, başvurucuya para cezası verip bunu ertelemiş dahi olsalar, sonrasında hapis cezasına dönüşme riski olan bir cezanın verilmiş olması dahi aykırı görüşlerin ifade edilmesinin önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.

Yukarıda özetlenen kararlar ışığında, "Charlie Hebdo" paylaşımları hakkında verilen bir içerik erişim engeli kararından bahsetmekte ve kararı incelemekte yarar görüyoruz.

Türkiye'de 5651 Sayılı Kanun'un 9/3'üncü maddesi kapsamında, (5651 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi hakkında detaylı değerlendirme için çalışmamın II'nci Bölümü'nün 2.6.2 başlığına bakılabilir.) "kişiliğin korunması" gerekçesiyle Hz Muhammmed'e hakaret içerikli karikatür çizdiği

gerekçesiyle saldırıya uğrayan Charlie Hebdo Dergisi'nin kapağını yayımlayan bazı İnternet sitelerine, Diyarbakır Barosu avukatlarından Ercan Ezgin'in başvurusu üzerine Diyarbakır 2'nci Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.01.2015 T ve 2015/126 D.İş sayılı kararı ile *"birgun.net, t24.com, internethaber ve thelira.com"* adlı internet sitelerinin Charlie Hebdo'nun Hazreti Muhammed'in karikatürünün olduğu kapağının yayınlandığı sayfalarına URL bazında erişim engeli kararı verilmiştir. *["Avukat Ezgin, dilekçenin açıklamalar bölümünde Charlie Hebdo Dergisi'nin 12 kişinin öldüğü saldırının ardından ilk sayısını çıkaracağını belirterek şunları kaydetmişti: "Bugün satışa başlayacak 3 milyon adet dergi basılmış. Derginin, saldırı sonrası ilk sayısında kapakta yine Peygamber Efendimizin olması büyük tepkilere neden olmaktadır. Kapakta gözü yaşlı bir şekilde çizilen Hazreti Muhammed büyük harflerle 'Ben Charlie'yim' yazılı bir döviz tutuyor üstte ise yine büyük harflerle 'Her şey affedildi' diye yazıyor. Je Suis Charlie'nin görevi dine sövme değildir. Peygambere hakaret etme asla basın özgürlüğü kapsamında olamaz. Bu karikatür milyarlarca Müslüman'ı derin bir biçimde infiale sevk etme tehlikesi yaratmaktadır. Peygamberimizin böyle bir şekilde karikatürize edilmesi, onunla alay edilmesi, göz yaşı döküyor gibi gösterilmesi asla kabul edilen bir durum olmamalıdır."* http://www.haberler.com/charlie-hebdo-dergisinin-kapagina-erisim-yasagi-6867408-haberi/ (Erişim Tarihi:14.09.2015). Karar yayınlanmamıştır. Kararın ve başvuru dilekçesinin tam metni Av. Ercan Ezgin'den temin edilmiştir. http://t24.com.tr/haber/charlie-hebdonun-kapagini-yayimlayan-sitelere-erisim-yasagi,283726 (Erişim Tarihi: 14.09.2015)]

Kararın gerekçesinde herkesin ifade özgürlüğü hakkına sahip olduğu benimsenmektedir. Bu bağlamda asıl olanın ifade özgürlüğünün korunması olduğu tartışılmazsa da ifade özgürlüğünün diğer kişi hak ve özgürlükleri karşısında bazı sınırlamalara tabi olduğunu söylemek mümkündür. (http://t24.com.tr/haber/charlie-hebdonun-kapagini-yayimlayan-sitelere-erisim-yasagi,283726 (Erişim Tarihi: 14.09.2015))

İfade özgürlüğü ile başkalarının kişilik haklarının çatışması mümkün olabilir. (Kişiliğin korunması hakkı ile çatışan haklar arasındaki dengenin nasıl kurulacağına ilişkin değerlendirmeler için Çalışmamızın III'üncü Bölümü'nün

3.4.1 başlığına bakılabilir.) Bu durumda, çatışan iki hukuki değer arasında bir dengenin gözetilerek nihai yorumun buna göre yapılması gerekmektedir. Kararın gerekçesinde bu konu şöyle ifade edilmiştir:

> *"İfade özgürlüğü bu hakkı kullanan bir kişinin başkasına istediğini söyleyebilmesine imkan tanımaz. Bazen ifade hürriyeti başkalarının kişilik hakları ile çatışabilir. Hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı anda koruması mümkün değildir. Gerek kişilik hakkı, gerekse ifade özgürlüğü tek başlarına hukuk düzenince koruma altına alınmıştır. Birinin diğerine üstün tutulması belirli bir olayda belirli şartlarda gerçekleşir. Yani hangisinin diğerine karşı daha çok korunacağı somut olayın şartlarına göre belirlenir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü kamuoyunu aydınlatmanın ötesine geçer ve kullanılan araç da amaca uygun olmazsa kişinin dini değerlerinin , şeref ve haysiyetinin korunması değeri ifade özgürlüğünden üstün tutulacaktır. Dini değerlerin ve Peygamberin aşağılanmasına yönelik söz, yazı, resim, karikatür ve yayınların o dine insanlara hakaret olarak kabulü mümkündür. Çünkü bir insanın dini inancı onun ayrılmaz bir parçası, onuru, şerefi ve saygınlığı yani kişilik hakları kapsamında korunması gereken bir değerdir."* [http://t24.com.tr/haber/charlie-hebdonun-kapagini-yayimlayan-sitelere-erisim-yasagi,283726 (Erişim Tarihi: 14.09.2015)]

Karar gerekçesinin devamında ayrıca yerel mahkeme, herkesin birbirinin inancına saygı göstermesinin laiklik ilkesinin de gereği olduğunu, isim açıkça belirtilmemiş veya hakaret içeren sözcüklerin muhatabı açıkça ifade edilmemiş de olsa, niteliği gereği belli bir dinin değerine hakaret amaçlı aşağılayıcı ifadeler içeren paylaşımlarda bulunulmasının hukuk tarafından korunmaması gerektiği, İnternet'in çok geliştiği ve bu bağlamda hakaret içerikli söz, resim, görüntülerin de İnternet üzerinden rahatlıkla paylaşıldığı, ifade özgürlüğü adı altında bu tür paylaşımların korunmaması gerektiğine dikkat çekilmiştir. (Kararın gerekçesinden alınmıştır.)

Gerekçeli kararda, adı geçen İnternet sitelerinde haberin veriliş biçiminin, talep eden kişinin kişilik haklarını ihlal edici nitelikte görüldüğü; bundan ötürü de yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği kısım bakımından içeriğe erişim engeli konması yönünde karar verildiği ifade edilmiştir. [(http://t24.com.tr/haber/charlie-hebdonun-kapagini-yayimlayan-sitelere-erisim-yasagi,283726 (Erişim Tarihi: 14.09.2015)]

Emsal karar AİHM içtihadı ekseninde değerlendirildiğinde, kararın gerekçesindeki tespitlerin yukarıda özetlenen AİHM'in Otto Preminger-İnstut& Avusturya; Aydın Tatlav & Türkiye Kararları'ndaki *"Üstelik, insanların dini inançlarına saldırı konusunun değerlendirilmesine, başkalarının haklarının korunması bağlamında, ahlak ölçütünde olduğu gibi dini istismar konusunda da Avrupa çapında ortak bir anlayışın bulunmadığına işaret etmek gerekir. Başvuran kişi için dini öğreti hakkındaki fikirlerini halka iletme hakkı ne kadar korunmaya değerse, diğer insanların düşünce, inanç ve dini özgürlüklerine saygı duyulması da o derecede korunmaya değerdir. Ancak burada çoğulculuk ilkesi ön plana çıkmaktadır. Bir dini inanca mensup olan kişiler, kendi inançlarına karşı yapılacak sert eleştirileri de göze almak ve hatta başka din mensuplarının kendi inançlarını yayma hakkına da saygı duymayı bilmelidirler."* ölçütüyle örtüşmediği söylenebilir.

Ancak Delfi, Zana ve Norwood kararlarında da istikrarlı şekilde vurgulandığı üzere, ırkçılığa, yabancı düşmanlığına ve ayrımcılığa teşvik eden düşünceler; şiddet ve nefret içeren söylemlerin Sözleşme'nin 17'nci maddesinin göndermesi ile 10'uncu maddesi kapsamında koruma görmesi mümkün değildir. Yerel mahkemenin gerekçeli kararında ise bu AİHM kararlarına veya ölçütlerine göndermede bulunulmadığı anlaşılmaktadır. Kararda (ve başvuru gerekçesinde) dikkatimizi çeken en önemli ayrıntılardan birisi de adı geçen İnternet sitelerinin yalnızca Charlie Hebdo'nun kapak resmini paylaşmış olmalarıdır. Yine karardan ve başvuru dilekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, erişime engellenen içerikleri barındıran İnternet siteleri dergi kapağını paylaşmaktan öte bir eyleme girişmiş veya yorumda bulunmuş değillerdir. Şu halde, "birgun.net, t24.com, internethaber ve thelira.com" adlı İnternet siteleri yalnızca "haberi nakleden" konumundadırlar. Naklettikleri için

de dince kutsal sayılan değerlere hakaret ettiklerinin kabul edilmemesi gerekir. (Ancak burada, adı geçen İnternet sitelerinin bu kapağı paylaşmakla dine hakaret etme amacı taşıdıkları anlaşılıyorsa, o zaman yerel mahkemenin kararının belirtilen AİHM içtihadıyla uyumlu olduğu ifade edilebilir. Ne var ki bu yöndeki kastın varlığını da ispatlamak oldukça güçtür.)

Öte yandan kararda, konuyla hiç ilgisi bulunmayan bir kişinin CMK gereğince "ilgili" sıfatıyla başvurusunun kabul edilmesi de CMK'nın 268/1'deki "ilgili" yorumuyla bağdaşık olmadığı da söylenebilir. Zira CMK'nın 260/1 gereğince bir hakim veya mahkeme kararında ancak Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar itiraz etme hakkına sahiptir.. Keza CMK 237/1 gereğince, Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların itiraz hakkı vardır. Huzurdaki olayda başvurucunun, karardan ve başvuru dilekçesinden anlaşıldığı kadarıyla bu nitelikleri taşımadığı söylenebilir. (Menfaat ilkesinin CMK karşısındaki yorumu ve AYM kararları ışığındaki değerlendirmesi için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.1.3 başlığına bakılabilir.)

Herhangi bir kişinin, salt bir dine mensup olmasından ötürü dini değerlerlerinin aşağılandığı gerekçesiyle menfaatinin ihlal olduğu yönündeki yorum gerçekten de CMK'nın geniş yorumlanması adına önemlidir. Ne var ki bu kararda geniş olarak yapılan bu yöndeki yorumun başka kararlarda yapılmaması ve verilen erişim/içerik engelleme kararlarında sulh ceza hakimliklerinin genelde ilgili sıfatını dar yorumlama eğiliminde olması da düşündürücüdür.

Öte yandan yerel mahkemenin "menfaat" hakkındaki yorumunun AYM'nin Yotube Kararı'ndaki yorumundan oldukça farklı olduğunu söylemek de mümkündür. (karar, p. 27, 28. Kararın başvurucunun menfaati açısından geniş irdelemesi için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.1.3 başlığına bakılabilir.). Zira Youtube Kararı'nda AYM İnternet sitesinin kullanıcısı olmayı menfaatin ihlali için yeterli sayarak, başvuruculların itiraz hakkını kabul etmiştir. Oysa yerel mahkeme kararında adı geçen İnternet sitelerinde

yayınlana görüntü nedeniyle, Youtube Kararı'nda olduğu gibi, o İnternet sitesini kullanan tüm bireylerin haklarının ihlali söz konusu değildir. Bilakis, engellemeden ötürü haber sitelerindeki içeriğe erişmeye çalışan diğer okurların habere ulaşma hakkının engellenmiş olduğu söylenebilir. Kaldı ki yukarıda da ifade edildiği üzere, adı geçen karikatürler belirtilen İnternet sitesinde tamamen yayınlanmış da değildir.Yalnızca Charlie Hebdo'nun kapağındaki fotoğraf paylaşılmıştır. Bu haber zaten daha önce alenileşmiştir. İnternet siteleri kanalıyla yalnızca Fransa'daki saldırının protesto edilmesi amacıyla "sadece derginin kapak resmi" paylaşılmıştır. Bu yönlerden bakıldığında, sulh ceza hakimliğinin kararının AYM ve AİHM içtihadı ile de bağdaşık olmadığı, İnternet üzerinden ifade özgürlüğünü ihlal ettiği söylenebilir.

Öyleyse, bir İnternet sitesine, ahlakın korunması, dini inaçların rencide edilmesinin önlenmesi gerekçesiyle konacak olan erişim yasağının yukarıda vurgulanan temel ilkelerle ve AİHM içtihadı ile bağdaşmaması durumunda, bu şekilde verilen erişim yasağının hukuka aykırı olacağını söylemek mümkün olabilir. Bundan ötürü, bir İnternet sitesine konacak olan erişim yasağında son derece dikkatli olmak ve erişim yasağı ile düşünceyi ifade özgürlüğünün ihlal edilmemesi konusunda hassasiyet göstermek gerekmektedir.

1.3.1.1.3. Anayasada İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

1.3.1.1.3.1. Genel Değerlendirme

İfade özgürlüğünün sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağı 1982 Anayasası döneminde öğretide tartışılmaktadır. Bir görüş, ifade özgürlüğünün doğası gereği sınırlandırma kabul etmeyeceğini, zira sınırlandırma ile ifade özgürlüğünün "özüne" dokunulacağından, bu özgürlüğün açıkça "kullanılamaz" hale geleceğini ifade etmektedir. (Fendoğlu, 2002, 118) Hatta bu görüş, ifade özgürlüğünün onun düşmanlarına dahi tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bu fikre göre, düşünce düşmanlarına dahi fikirlerin yasaklanması doğru değildir. Zira her türlü düşüncenin kendini ifade edebilmesi gelişmenin ve demokrasinin en önemli erdemidir. Bu şekilde toplumsal çatışmalar fikri düzeyde gereğince tartışılacak ve şiddete

dönüşmeden toplumsal dinamikler aracılığı ile en uygun fikirler de bulunacaktır. (Fendoğlu, 2002, 119) Keza, düşünceyi ifade özgürlüğüne yapılan her sınırlama, inanılmaz bir propaganda gücü sağlayarak, o düşünceyi her zaman güçlendirmiştir. (Selçuk, 2004, 64)

Bu görüşe göre düşünce, bilim ve sanat özgürlüğü kesinlikle sınırlandırılmamalıdır. Buna karşın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ise sadece kişilerin onuru, özel hayatın gizliliği, kanunca öngörülen mesleki sırların korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılabilmelidir. (Fendoğlu, 2002, 144). Ancak burada şu konuya özellikle dikkat çekilmelidir ki düşüncenin açıklanmasının sınırlandırılması, zorunlu olarak düşünce özgürlüğünün ortadan kaldırılması sonucunu da doğuracaktır. Çünkü, düşünce özgürlüğü "özgürlük" ile "özgürlüğün sınırlanması" arasında ayrım yapılmayacak derecede bütünleşmiş bir niteliktedir. Bir başka deyişle, düşünce ya vardır ya da yoktur. [*"Bir adam öldürmek, akıllı bir canlıyı yok etmektir. Ama iyi bir kitabı susturmak, aklın kendisini yok etmektir."* (John Milton, Aeropagitica'dan, Aktaran: Avcı,2013, 62)] Bazı düşünceler vardır, bazıları yoktur denmesi durumunda düşüncenin tamamen ortadan kaldırılması gündeme gelir. (Soysal,1997, 145) Keza düşünce özgürlüğü, onun rahatlıkla ifade edilmesinden başka bir anlama gelmemektedir. Bu nedenle, açıklan(a)mayan düşüncenin hukuken korunsa dahi, korunmasının da bir anlamı olmadığı söylenebilir. (Avcı, 2013, 48-49) Ancak bu görüş esas alınacak olursa, bu alt başlığın başlarında ifade edilen Anayasa'nın 25 ve 26'ncı maddeleri arasındaki ayrım da ortaya konamamış olur.

Düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılıp sınırlandırılamayacağına ilişkin bir başka görüş ise, düşünce özgürlüğünün de sınırlara tabi olduğunu, zaten bu özgürlüğün de diğer tüm özgürlükler gibi doğal sınırları bulunduğunu ifade etmektedir. (Müderrisoğlu, 1977, 487). Bu görüşe göre, kişiye tanınan bütün hak ve özgürlükler gibi düşünce (ve basın) özgürlüğünün de sınırsız olduğunun benimsenmesi durumunda 1789 İhtilali sırasında kabul edilen "kişinin özgürlük sınırının öteki kişinin özgürlüğü ile sınırlı sayılabileceği" esası ihlal edilmiş olabilecektir. (Müderrisoğlu, 1977, 487)

AYM "Youtube" hakkındaki 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında ifade özgürlüğünün birtakım sınırlara tabi olduğunu şöyle belirtmiştir:

> *"54. Öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Bu bağlamda düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kullanılırken bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınılması gerekir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz."* (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/ BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)

Diğer yandan, Anayasa'nın 25'inci maddesinde teminat altına alınan düşünce ve kanaat hürriyeti bakımından herhangi bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Gerçekten de Anayasa'nın 25'inci maddesi düşünme ve kanaat özgürlüğünün mutlak biçimde tanındığı izlenimi uyandırmaktadır. (Kaboğlu,1998, 204). Öyle ki Anayasa'nın 13'üncü maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra, maddenin genel sınırlandırma hükmü içeren özelliği ortadan kalktığına ve 25'inci maddede de ayrıca sınırlandırma nedenleri düzenlenmediğine göre düşünme ve kanaat özgürlüğünün sınırlandırılamayacağı söylenebilir.

Kanaatimizce, 2001 değişikliği sonrasında, her ne kadar 26'ncı madde ile düşünce ve ifade özgürlüğüne sınırlandırma getirilmiş olsa dahi, bu görüşün geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu durumda yalnızca AİHS md 10'daki sınırlandırma nedenlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Buna karşın, 1982 Anayasası'nın 13'üncü maddesinin 2001 değişikliğinden önce, tüm haklar için genel bir kısıtlama nedeni getirdiğinin ve bu bağlamda 25'inci maddenin de bu kapsamda yer aldığının düşünülmesi gerekmektedir.

1982 Anayasası'nın 26'ncı maddesinde, 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında, önceki sınırlandırma nedenlerine ek olarak "milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması" sebepleri de eklenmiştir. Bu değişiklikler sonucunda, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini sınırlandıran sebepler, değişiklikten arzulananın aksine hafifletilmemiş; ağırlaştırılmıştır. [(Gözler, 2002, 339) *"2001 Anayasa değişikliği ifade özgürlüğünü genişletmek isterken belki de en geniş sınırlama nedenlerini bu maddede sıralamıştır."* (Sağlam**,** 2002,297)]

Öte yandan, getirilen bu engellerden pek çoğunun tanımlanması muğlak olan ifadeler taşıdığı söylenebilir. Örneğin "cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması, Atatürk milliyetçiliği, sosyal devlet, laik devlet" gibi sınırlandırma nedenleri düşünceyi ifade ve iletişim özgürlükleri açısından özellikle içerikleri belirsiz olduğu için "sakıncalı" olarak kabul edilebileceği gibi, AİHS'in sınırlandırma nedenleri ile de koşut olduğunu söylemek güçtür. [Gözler'e göre, değişik metinde Anayasa'nın 2'nci maddesine yapılan gönderme (Cumhuriyetin temel nitelikleri) oldukça geniş ve yoruma açık bir kavram olup, bunlara aykırı olan bir düşüncenin açıklanmasının yasaklanması otoriter bir zihniyeti yansıtacağından, doğru bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Örneğin, sosyal devlet ilkesi de bu temel niteliklerdendir. Sosyal devlet ilkesini beğenmediğini ifade etmek dahi bu ifadenin yasaklanmasına gerekçe oluşturabilir. (Gözler, 2002, 340)]

Bu durumda, mevcut durumun sadece eleştirilmesi dahi ifade özgürlüğünün kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir. (Fendoğlu, 2002: s.118). Çözüm olarak AYM'nin sınırlama nedenlerini AİHM uygulamasındaki gibi "dar" yorumlaması ve bunu kolaylaştırmak için Anayasa'nın 13'üncü maddesine *"Sınırlama neden ve ölçütlerinin*

yorumlanmasında Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerle kurulan organların içtihatları da göz önünde tutulur" şeklinde bir ifadenin eklenmesi yararlı olacaktır. [Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi (TBB Öneri-2007), Türkiye Barolar Birliği Yayınları:131, Kasım 2007, Ankara, s.41 (madde 14/f.3) (http:// yenianayasa. tbmm.gov. tr/docs%5Ctbb.pdf) (Erişim Tarihi:13.08.2014). Benzeri görüş için bkz Sağlam, 2002, 297)]. Aksi bir durumda, sözgelimi yalnızca mevcut siyasi durumu eleştirdiği gerekçesiyle İnternet sitelerine erişim yasağı konması söz konusu olabilecektir.

1.3.1.1.3.2. İnternet'in İzin Sistemine Bağlanması

26'ncı maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde yer alan *"Bu fıkra hükmü radyo, televizyon, sinema ve benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir"* şeklindeki düzenlemenin İnternet'e erişim hakkı açısından tartışılması gerekmektedir.

"Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir." şeklindeki düzenleme, İnternet özgürlükleri açısından değerlendirilecek olursa, fıkradaki "veya benzeri yollarla" ifadesinden yola çıkılarak İnternet yayınlarının da izne tabi tutulabileceği söylenebilecek midir?

Sorunun yanıtına geçmeden önce İstanbul Düşünce Enstitüsü tarafından hazırlanan 12.04.2012 tarihli Anayasa Teklifi'nin 25'inci maddesinin de benzeri bir düzenleme önerdiğini belirtelim. [İstanbul Düşünce Enstitüsü'nün 12.04.2012 tarihli Anayasa Teklifi, (Enstitü-2012), (http: //anayasaizleme. org/ wp-content/uploads/2011/11/Istanbul-Dusunce-Enstit%C3%BCsu-Anayasa-Teklifi.pdf) (Erişim Tarihi:30.08.2014)]

Teklifin 25'inci maddesi "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlığı ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlarıyla koşullarını ortaya koyarken, birinci fıkranın son cümlesinde *"Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema, İnternet veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir."*şeklinde bir düzenleme de koyarak,

İnternet üzerinden yapılan yayınların izin sistemine bağlanabileceğini savunmaktadır.

İnternet'in de bir tür yayım olduğu düşünüldüğünde, 26'ncı maddeye *(ve Teklif'in 25'inci maddesine göre)* İnternet yayınlarının da izne bağlanabileceği söylenebilir. Ne var ki izin rejimi İnternet'in bünyesi ile bağdaşmaz. Zira İnternet, her an her kişinin yararlanabileceği ve hatta web sitesi kurarak bileşeni olarak yer alabileceği bir yapılanmadır. Milyonlarca İnternet sitesinin kurulumu için izin şartı aranması İnternet'in özgürlükçü niteliği ile de bağdaşmaz. Kaldı ki izin şartı, İnternet sitelerinin sayıca fazlalığı ve kurulum kolaylığı da düşünüldüğünde uygulanabilir de değildir. Bu nedenle, maddedeki düzenlemenin İnternet yayınlarını kapsamaması gerektiğini düşünüyoruz.

1.3.1.1.3.3. Amerikan Yüksek Mahkemesi İçtihadında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması

ABD-YM, bizatihi düşünceyi yasaklamış değildir. (Avcı, 2013, 129) Sınırlama ve cezalandırma, ancak kişinin ya da devletin korunması bakımından yasaklanmış "eylemler" varsa ve düşüncenin açıklanması ile bu eylemler arasında açık ve yakın bir nedensellik bulunuyorsa mümkün olabilir. (Soysal, 1997, 145)

ABD-YM, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kuralların yorumunda Anayasa'nın 1'inci ek maddesini sıklıkla kullanmaktadır. İçtihat, bu maddenin ışığında gelişmiştir.

ABD-YM'ye göre düşüncenin açıklanması ancak bir suç soruşturması sırasında veya suçun önlenmesi için veya düşünce suçun unsuru ise sınırlandırılabilir. Mahkeme, bir düşünce açıklamasını ancak kişinin veya devletin korunması bakımından yasaklanmış olan eylemleri içermesi ve bu eylemler ile düşüncenin açıklanması arasında yakın ve açık nedenselliğin bulunması ve eylemler nedeniyle kamu düzeninin ortadan kalkması açık tehlikesi varsa sınırlandırmaktadır. (Avcı, 2013, 117). Başka bir deyişle, önlenecek olan düşüncenin bizatihi kendisi değildir; düşüncenin eyleme dönüşmüş şekli olan suçtur. (Soysal, 1997, 145). Bu bağlamda, mahkemenin

koruma alanı içerisinde, tahrik ve teşvik edici fiiller, bölücü ve yıkıcı propaganda, toplumda infial uyandıracak konuşmalar, gruplara karşı toplu hakaret ve sövme, sırların ifşası, özel yaşamın gizliliği, pornografi gibi kavramlar da yer almaktadır. (Avcı, 2013, 114). Bundan ötürü denilebilir ki ABD-YM, bilimsel açıdan hiçbir değer taşımayan, gerçek dışı olan düşüncelerin de ifade özgürlüğünün korumasından yararlanabileceğini kabul etmektedir. Bununla amaçlanan kamusal tartışmaların yürütülebilirliğinin sağlanmasıdır. (Avcı, 2013, 114)

ABD-YM tarafından geliştirilen *"fikirlerin serbest piyasası"* (marketplace of ideas) adlı kurama göre de düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerekmektedir. [Kuram hakkında detaylı bilgi için bkz Ingber, 1984, 1-91). Ayrıca bkz, Avcı, 2013: s.115, 116]. Kuramın temelinde gerçeğe ancak tüm fikirlerin serbestçe tartışılması ve serbestçe ifade edilmesi ile ulaşılabileceği fikri yatmaktadır. (Ingber, 1984, 9). Devletin, bu sürece müdahale etmesi toplumsal gelişmeyi önleyecek, bu durum toplumun doğrulara ulaşmasını da engelleyecektir. (Bu kuramın, J.S.Mill'in öne sürdüğü "hakikat" (truth) kuramından esinlendiği söylenebilir. Fikir ilk kez Yargıç Holmes tarafından 1919 tarihli Abrams v. United States Davası ile öne sürülmüştür. Fikrin özeti şu cümlede gizlidir: *"En doğru hakikat, fikirlerin serbestçe tartışılmasıyla ortaya çıkar." ("the best test of truth is the power of thought to get itself accepted in the competition of the market")* (Ingber, 1984, 3) Ayrıca bkz Özsoy, 2005, 31; Karagöz, 2004, 11 vd.)]

Öte yandan, Mill'e göre bir fikri salt yanlış olduğunu düşünerek sınırlamak, kısmen de olsa doğru olma ihtimali taşıyan fikirlerin de yasaklanması sonucunu ortaya çıkarabilir. [(The Concise Encyclopedia of Economics, John Sturat Mill, http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Mill.html (Erişim Tarihi:20.12.2013)]. Zira, bir dönemde doğru olarak kabul gören bazı düşünceler, başka bir dönemde ise yanlış olarak (ya da tersi) kabul edilebilir. (Sionaidh, 1999, 334). Bu nedenle, insanların tartışma ve fikirlerini serbestçe açıklama özgürlüğü engellenmemeli, devletler insanların fikirlerine müdahale etmemelidir. [(Yargıç Frankfuther'in görüşü, Özsoy, 2005, 31.

Kararın İngilizcesi için bkz Dennis v. US Kararı (1951) http: // www. law. cornell.edu/supremecourt/text/341/494 (Erişim Tarihi: 21. 12.2013)] . Ayrıca, liberal demokrasi anlayışı gereğince de düşünceyi açıklama özgürlüğünün bütünüyle serbest olduğunu kabul etmek gerekir. (Teziç, 1990, 39). Zira demokrasi, varlığını ve sürdürülebilirliğini bu serbestiye borçludur. (Teziç, 1990, 39)

Bu bağlamda, ABD-YM de tıpkı AİHM gibi içtihat geliştirmiş ve uçta da olsa, rahatsız edici nitelik de taşısa çeşitli sembollerin kamuya açık biçimde teşhir edilmesi yoluyla da düşüncenin açıklanabileceğini kabul etmiştir. (Özsoy, 2005, 40). Öte yandan, ABD-YM, ifade özgürlüğünü oldukça geniş yorumlamaktadır. Bu cümleden olarak, Cox v. Louisiana Kararı'nda (1965) kitleleri tahrik edici şekilde konuşacağı düşüncesiyle, konuşmacıya yönelebilecek saldırıları önlemek gerekçesiyle konuşması engellenmek istenen kişinin ifade hürriyetinin devlet eliyle kısıtlandığında hükmetmiştir. Mahkemeye göre, bu tip bir durumda devlete düşen konuşmacıyı engellemek değil, konuşmacının güvenliğini sağlamaktır. [(Özsoy, 2005, 40. Kararın İngilizcesi için bkz: http://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/536/case.html (Cox v. Louisiana Kararı: 379-1965) (Erişim Tarihi: 13.02.2014)]

Düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasında ABD'de "açık ve yakın tehlike" ölçütü uygulama alanı bulmaktadır. (Geniş bilgi için bkz Hakyemez**,** 2000, 76 vd.). Bu ölçütü ilk kez kullanan yargıç ABD-YM yargıcı olan O.W. HOLMES'tur. (Özsoy, 2005: s.35). Holmes, bu ölçütü ilk kez 1919 tarihli Schenck v. US Kararı'nda kullanmıştır. Buna göre, *"düşüncelerin serbest piyasası ilkesi"* gereğince düşünce açıklamaları, salt bu düşüncelerin ifade ettiği fikrin beğenilmemesi veya hoş karşılanmaması nedenleriyle yasaklanamamalıdır. (Avcı, 2013, 114). Yasaklama ancak suça açık teşvik ve tahrik söz konusu ise ve önemli bir zararı engellemek amacıyla yapılabilir. [(Avcı, 2013, 129. Schenk Kararı'nın İngilizcesi için bkz http://www.bc.edu / bc_org/avp/cas/comm/free_speech/schenck.html (Schenck.v US Kararı) (Erişim Tarihi: 23.12.2013)]. Başka bir deyişle ABD-YM, açık ve yakın tehlikenin ancak *"doğrudan yasa dışı bir eyleme davet etme"* durumlarında geçerli olacağını içtihat etmiştir. (Hakyemez, 2000, 74). Öte yandan, her fikir

açıklaması da başlıbaşına zaten bir tahriki içermektedir. (Avcı, 2013, 118). Ne var ki açık ve yakın tehlike ölçütü, ABD hukukunda düşünceyi sınırlandırma veya açıklama özgürlüğünü korumaya yönelik tek ölçüt değildir. Bu ölçüt, her somut olay için ayrı ayrı uygulanır. (Özsoy, 2005, 39)

Schenck Kararını izleyen yıllarda ABD-YM tarafından *"zararlı eğilim"* ölçütü uygulamaya konmuştur. Ardından birkaç yıl sonra tekrar açık ve yakın tehlike ölçütüne dönülmüşse de 1951 yılındaki Dennis v. US Kararı'ndan itibaren salt komünizm propagandası ve hatta düşüncesinin ifadesi dahi suç sayılmıştır. [(Özsoy, 2005, 36. Kararın İngilizcesi için bkz: http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/341/494 Dennis v. US Kararı (1951) (Erişim Tarihi:21.12.2013). (Özsoy, 2005, 36)] Dennis kararından 6 yıl sonra, Yates v. US kararı ile ABD-YM sadece bir partiye üye olmanın mahkumiyet için yeterli olamayacağını; bu yöndeki bir kararın, Ek-1. madde ile teminat altına alınan ifade hürriyetini ihlal ettiğini içtihat etmiştir. [(Özsoy, 2005, 37. Kararın İngilizcesi için bkz http: //uscivilliberties. Org / cases/4724-yates-v-united-states-354-us-298-1957.html (Yates v. US Kararı) (Erişim Tarihi: 23.12.2013)]

ABD-YM'nin ifade özgürlüğü alanındaki ilk önemli kararı 1925 tarihli Gitlow v New York Kararıdır. Bu kararda ABD-YM, yazar ve Komünist Parti üyesi olan Benjamin Gitlow ile meslektaşı Alan Larkin'in yazdıkları *"The Left Wing Manifesto"* adlı kitap nedeniyle, kamu düzenini bozma suçu işlediklerini gerekçe göstererek 1919 yılında yakalanmıştır. Gitlow ve arkadaşı yargılanarak mahkum olmuşlardır. Karar, ABD-YM'ne temyiz yolu ile taşınmıştır. Bunun üzerine yüksek mahkeme Amerikan vatandaşlarının ifade hakkının devletten veya kişilerden gelebilecek her türlü müdahaleye karşı korunanacağı yönünde içtihat geliştirmiştir. [(Özsoy, 2005, 30. Ayrıca bkz Encyclopedia Britannica, http://global.britannica.com/EBchecked/topic/1508178/Gitlow-v-New-York Gitlow-New York Kararı (Erişim Tarihi:20.12.2013)]

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, 1963 tarihinde verdiği Wollam v. Palm-Spring Kararı'nda "özgür ifade hakkının" iletişim özgürlüğü ile olan ilişkisini belirtmiştir. (Avcı, 2013, 67). Kararın, sonuçları itibarıyla İnternet özgürlüklerine de yansıması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, İnternet

özgürlüğünün ifade özgürlüğünün en belirgin görünümü olmasından ötürü ifadenin izleyiciye ve kullanıcıya en etkin biçimde ulaşması da ancak iletişim özgürlüğünün güvence altına alınması ile mümkün olabilecektir. (Avcı, 2013, 67)

ABD hukukunda düşünceyi açıklama özgürlüğünün korunmasında *"makul ve ölçülü dengenin tutturulması"* amaçlanmıştır. (Özsoy, 2005, 29). Bu ilke ile anlatılmak istenen, bir hakkı sınırlarken seçilen yöntemin bu çıkara hizmet etmeye uygun olması ve bu sonuca ulaşmak için gerekli olandan daha fazla bir sınırlama getirmemiş olmasıdır. (Özsoy, 2005, 34). Bu bağlamda, ifade edenin kimliği, ulaştığı kitlenin niteliği, ifadenin politik, ticari, pornografik veya sanatsal içerik taşıyıp taşımadığı gibi gerekçeler gözetilecek olan bu dengenin sağlanmasında önem verilecek olan hususlar olarak nitelendirilmektedir. [(Bu karar, ABD-YM'nin makul ve ölçülü denge (açık ve mevcut tehlike) ilkesinin ilk kez dile getirildiği karardır. (Avcı, 2013, 124) Kararın İngilizcesi için bkz: http:// caselaw. lp.findlaw. com/scripts/ getcase.pl?court=US&vol=395&invol=444 Brandenbourg v. Ohio Kararı (Erişim Tarihi: 23.12.2013)]. Brandenbourg v. Ohio Kararında (1969) belirtilen bu ilke gereğince, güç ve şiddet kullanmayı savunmak, bunun gerekli olduğunu ifade etmek tek başına ifadeye müdahale etmeyi haklı göstermez. Ne var ki bu yöndeki söylemler "bir grup insanı kışkırma, bu yönde bir harekete hazırlama" aşamasına gelmiş ve bu şekilde, amaçlanan eylemin, niyet edilen sonucu gerçekleştirme olasılığı ortaya çıkmış ise yasaklanabilmesi mümkündür. (Özsoy, 2005,37)

ABD-YM, bayrak yakma eylemini dahi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir. Hatta öyle ki ırkçı politik oluşumlar ve toplantılar da ABD'de ifade özgürlüğünün sınırları içerisinde kabul edilmektedir. [(Spence v. Washington Kararı'nda (1974) Bayrak yakma eylemi politik düşünce açıklaması olarak görülerek korunmuştur. (Özsoy, 2005, 40) http: //supreme. justia.com /cases /federal /us/418/405/ (Erişim Tarihi: 24.12.2013). Ancak bu korumanın mutlak olmadığı, zarar verilen semboller kamu düzenine ilişkinse eylemin koruma görmesi mümkün olmamaktadır. (Resmi dokümanların, kimlik kartlarının yakılması, sistemin işleyişini aksatacağı için koruma

görmez) (Özsoy, 2005, 40) http:// supreme. justia.com /cases /federal /us / 391/367/case.html (O'Brian v. US Kararı-1968) (Erişim Tarihi: 24.12.2013) İfadenin değişik biçimlerde belirmesi mümkün olabilir. Bayrak yakma örneğinde önemli olan, bir kimsenin bayrağı yakmadan da bir olguyu ifade edebilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Eğer mümkün olduğu düşünülüyorsa bu ifade türü korumadan yararlanacak, olmadığı düşünülüyorsa yararlanamayacaktır. (Karagöz, 2004, 22). (Avcı, 2013, 62. Skokie v. US Kararı'nda ABD-YM; Nazi üniforması giyilmesini veya gamalı haçların taşınmasını bir tür politik düşünce açıklaması olarak görmüş ve bu hak korunmuştur. (Özsoy, 2005, 40) http://billofrightsinstitute.org/resources/ educator-resources/lessons-plans/landmark-cases-and-the-constitution/skokie-and-brandenburg/ (Skokie v. US Kararı-1977) (Erişim Tarihi: 24.12.2013)]

Ölçülülük ilkesi ABD-YM tarafından ilk kez 1968 tarihli O'Brien v. US Kararı'nda tartışılmıştır. Buna göre, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların anayasallığı belirlenirken hakka yönelik müdahalenin yetkili bir organ tarafından yapılmış olması, sınırlamanın önemli bir kamu çıkarını korumak veya bu çıkara hizmet etme amacını taşıması, yasa koyucu veya idare sınırlama ile düşünce özgürlüğünü bastırmayı amaçlamamalı ve sınırlama korunması amaçlanan hukuki menfaatin gerektirdiği ölçüyü aşmamalıdır. [(Avcı, 2013, 124. Kararın İngilizcesi için bkz: http://supreme. justia.com/cases/federal/us/ 391/367/case.html (O'Brian v. US Kararı-1968) (Erişim Tarihi: 24.12.2013)]

Öte yandan ABD-YM, hakkın özü ilkesini ilk kez 1978 tarihli Collin kararında uygulamış; 1992 tarihli R.A.V Kararı ile de bu ilkeyi yinelemiştir. Collin Kararı'nda ırkçı ve dinci fikirleri yayan gereçleri yasaklayan bir düşünce, ifadenin bizatihi özünü hedef aldığı için Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. [(Özsoy, 2005: s.39. Kararın İngilizcesi için bkz: http://law2. umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/colinvsmith.html Frank Collin and the National Socialist Party of America Kararı (Erişim Tarihi: 23.12.2013)] R.A.V Kararı da aynı yöndeki eğilimi yansıtmaktadır. Bu karara konu olan olayda Robert Allen Viktoria isimli kişi, tamamen beyazların yaşadığı bir bölgede, korkutmak amacıyla siyahi ailenin evinin yakınına ırkçı örgüt Klu

Klux Klan'ın sembolü olan yanan haçı taşımaktan mahkum edilmiştir. Sanık, kendi mahkumiyetine esas olan yasanın anayasaya aykırı olduğunu öne sürerek Yüksek Mahkeme'ye başvurmuş, bunun üzerine de Yüksek Mahkeme ifadenin konusu esas alınarak düşünceyi açıklama özgürlüğüne sınır konduğunu belirterek adı geçen yasayı Anayasa'nın Ek-1. maddesine aykırı bulmuştur. (Özsoy, 2005, 39)

1.3.1.1.3.4. Sonuç ve Değerlendirme

Sonuç olarak, tüm bu yorum ve değerlendirmeler ışığında ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında AİHM içtihadı ile gelişen yorumların esas alınması gerektiği söylenebilir. AYM'nin İnternet'ten ifade özgürlüğü alanında verdiği üç temel kararın (Youtube, Twitter ve 8/16 iptal kararları) ana hatlarıyla AİHM içtihadında öngörülen koşullara uygun şekilde verildiğini görmek sevindiricidir. Ne var ki AİHM, Ahmet Yıldırım Kararı'nda İnternet'ten ifade özgürlüğü hakkında gösterdiği özgürlükçü yaklaşımı ne yazık ki daha yakın tarihli Delfi AS-Estonya Kararı ile sürdürememiştir. AİHM içtihadındaki bu olumsuz gidiş üzücüdür. AYM'nin ve Türk yargı makamlarının AİHM'in Delfi Kararı'ndaki içtihadını değil, genel içtihadını benimsemesi Türkiye'ye ifade özgürlüğünün yerleşmesi anlamında önemli kazanımlar sağlayacaktır.

1.3.1.2. Erişim Yasaklarının Basın Özgürlüğü Açısından Görünümü

1.3.1.2.1 Genel Değerlendirme

Basın özgürlüğü, basın girişimleri kurma, basma ve yayma özgürlükleri ile okuyucunun tercihine göre bilgi alma haklarını da içeren çok boyutlu özgürlüktür. [(Basının haber verme özgürlüğünün eleştiri hakkı ile bağlantısı konusunda geniş bilgi için bkz Akipek/ Akıntürk/ Karaman, 2011, 385-390)] Bu nedenle, basın özgürlüğü haber ve bilgileri alma-verme hakkını da içermesiyle herkesin hak öznesi olabileceği bir özgürlük türüdür. (Kaboğlu, 1998, 284). Ayrıca basın özgürlüğünün sağlandığı ve demokratik şekilde kullanılmasına izin verildiği ortamlarda bu özgürlük en az yargısal denetim

kadar önem taşıyabilmektedir. Basın özgürlüğü, bu yönüyle de demokrasi adına yaşamsal bir öneme sahiptir.

Nitekim AYM 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı Youtube Kararı'nda basının kamuoyu denetiminde en az yargı kadar önemli olduğuna şu ifadelerle dikkat çekmiştir:

> "*51 Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. (bkz. AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997), (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Lingens/Avusturya, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım A.Ş/Türkiye, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78)"* (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)

Basın özgürlüğü, genellikle kabul edildiği üzere, düşünce özgürlüğünün bölümüdür ve onu da içine alır. (Müderrisoğlu, 1977, 486; Özel, 2004, 44. Basın özgürlüğünün Türkiye'deki tarihi gelişimi ve süreç hakkında geniş bilgi için bkz Tikveş, 1980, 161-172. Tarihi gelişim için ayrıca bkz Tanör, 1998, 111-161). Bundan ötürüdür ki basının kamuoyu oluşturma görevi ışığında, kendi görüş ve düşüncelerini yayarak toplumun genel gidişi hakkında görüş bildirme görevi ve bu bağlamda eleştiri hakkı olduğu söylenebilir. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 387)

Nitekim AYM, basın özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün yakın bağlantı içerisinde olduğunu hatta birbirine iç içe geçmiş özgürlükler olmasına vurgu yaparak, basın özgürlüğünün önemi gereği Anayasa'da ayrıca düzenlendiğine

Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında şöyle işaret emiştir:

> *"50. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa'da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §44)."* (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)

Danıştay 13'üncü Dairesi, düşünce ve basın özgürlüğünün haber alma, verme ve habere ulaşma özgürlüğünü de içerdiğini 23.11.2007 T., 2007/7054 E., 2007/7684 K. sayılı kararında özetle şöyle ifade etmiştir:

> *"Düşünce özgürlüğü, düşüncelerin özgürce açıklanması yanında bunların yasal düzenlemeler çerçevesinde yayılması ve öğrenilmesi özgürlüğünü de içerdiğinden, basın özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan nitelikte bir özgürlük olarak bu alanda yerini almaktadır. Haber alma ve verme hakkı ya da haberlere ulaşma özgürlüğü, izleyici ya da dinleyicinin bireysel hakkı değil, izleyicilerin ve dinleyicilerin kollektif hak ve özgürlüklerinden olduğundan ve bu haliyle toplumsal bir nitelik taşıdığından basın özgürlüğü, kamu güçleri karşısında olduğu kadar özel güçlere karşı da korunmak zorundadır. Bu bağlamda, medya tekelinin oluşmasına karşı gerçek sınırlamalar koymak, medyanın çoğulculuğunu koruyucu önlemler almak devlete düşen bir ödevdir."* [(http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Danıştay 13'üncü D.,

23.11.2007 T., 2007/7054 E., 2007/7684 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:26.02.2014)]

Danıştay kararına göre de tıpkı AYM kararında olduğu gibi, basın özgürlüğü düşünce ve kanaat özgürlüğünü tamamlayıcı niteliktedir. Basın özgürlüğünün etkin biçimde kullanılması, düşünce özgürlüğünün sağlanması adına önemlidir. Haber alma, verme ve habere ulaşma hakkı Danıştay'a göre bireylerin kişisel hakkı olmasından öte kollektif hakları olduğundan medyanın tekelleşmesini önleyecek kurallar koymak da devletin görevleri arasındadır.

1.3.1.2.1.2. Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması

1.3.1.2.1.*2.* 1. Genel Değerlendirme

Her iki hakkın yakın bağlantı içerisinde olduğu gözetildiğinde, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin kuralların basın özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından da uygulanmasının mümkün olduğu söylenebilir. Nitekim basın özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 28/3'üncü maddesi, basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü (Anayasa md 26) ile bilim ve sanat özgürlüğü (Anayasa md 27) hükümlerinin de uygulanacağını ifade etmektedir. Öte yandan 28'inci madde, sınırlandırma gerekçelerine "ayaklanma ve isyana teşvik" gibi nedenler de eklemiştir. (Avcı, 2013, 190). Bu bağlamda denilebilir ki 1982 Anayasası'nda basın özgürlüğü, niteliğindeki serbestlikle bağdaşmayacak derece kapsamlı, kademeli ve karışık bir sınırlandırma rejimine tabidir. (Kaboğlu, 1998, 285)

Anayasa'nın 28/3 göndermesi ile 26'ncı maddedeki sınırlama nedenlerine bakıldığında, kamu düzeni ölçütünün basın özgürlüğünün sınırlandırılması için kullanılabileceği görülmektedir. Basın özgürlüğünün kamu düzeni gerekçesiyle sınırlandırılması ciddi sorunlara yol açmaktadır. Çünkü kamu düzeni, niteliği itibarıyla sınırlarının belirlenmesinin zor olduğu, özel yorumlara elverişli, keyfi şekilde uygulanabilecek bir kavramdır. ["*Kamu düzeni, bir toplumun gerçek anlamda toplum olmasına olanak veren, kamu huzuru, kamu güvenliği ve iç barış gibi kavramları da içinde barındıran çok boyutlu bir kavramdır."* (Karagöz, 2004, 285) *"Kamu düzeni, düzensizliğin*

karşıtı olan maddi bir düzendir ve karışıklığın yokluğunu ifade eder. Bu düzen kamusal boyutu ile anlaşılmalıdır; yani dış düzen, kaba bir ifadeyle sokaktaki düzendir." Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, 2011, 683. *"...Bu nedenle, bir kuralın yazılı bir hukuk normu şekline getirilmedikçe kamu düzeni olarak vasıflandırılmasını doğru kabul etmemek gerekir. Şu halde, kamu düzeni yazılı olduğu gibi Anayasanın sözüne ve ruhuna da uygun olmalıdır."* Müderrisoğlu, 1977, 490, 491; Müderrisoğlu, 1977, 496)]

28'inci maddede düzenlenen kademeli sınırlandırma rejimine rağmen, aynı maddede ayrıca dağıtımın önlenmesi, toplatma, müsadere ve kapatma şeklinde sınırlandırma kurallarının da düzenlendiği görülmektedir.

28/4'te düzenlenen dağıtımın önlenmesi tedbiri, devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye, ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazı için uygulanabilmektedir. Bu durumda, bu nitelikte haber veya yazıyı yazan, basan, bastıran başkasına veren kişiler de genel hükümlere göre sorumlu olacaklardır.

Tedbir yolu ile dağıtımın önlenmesi kural olarak hakim kararı ile yapılabilir. Ancak gecikmede sakınca bulunması durumunda yasanın açıkça gösterdiği yetkili merciin emri ile de dağıtımın önlenmesine karar verilebilecektir. Yetkili mercinin kararı yirmi dört saat içinde hakime sunulur; yetkili hakim bu kararı en geç kırk sekiz saat içinde onaylamazsa dağıtımın önlenmesi kararı hükümsüz kalır.

Anayasal düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, belli süre ve koşullara bağlanmış olmakla birlikte bu nitelikteki bir tedbir, sınırlamanın ötesine geçerek "yasaklama" halini almaktadır. Çünkü, dağıtım basın özgürlüğünün kullanılmasının en önemli ayağıdır. (Kaboğlu, 1998,285)

Anayasa'nın 28/6'ncı maddesinde ise toplatma yaptırımı kurala bağlanmıştır. Buna göre süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması durumunda hakim kararıyla; devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi gerekçeleri ile, gecikmede sakınca bulunan durumlarda yasalar tarafından

açıkça yetki verilen mercinin emriyle toplatılabilir. Merci emri ile toplatma kararı verilmesi durumunda bu karar en geç yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur; hakim kırk sekiz saat içinde emri onaylamazsa toplatma işlemi hükümsüz kalır.

Süreli ve süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesi de Anayasa'nın 28/7'nci maddesine göre genel hükümlerin uygulanması yoluyla mümkündür.

Anayasa'nın 28/8'inci maddesi gereğince Türkiye'de yayınlanan süreli yayınların devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyet'in temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı yayımlardan mahkum olunması durumunda, mahkeme kararı ile geçici olarak kapatılabilmesi mümkündür. Kapatılan süreli yayının devamı niteliğinde olan her türlü yayın yine hakim kararı ile toplatılır. [(*"Süreli yayınlar, her sayısı birbirinden bağımsız olarak belirli ve düzenli aralıklarla çıkmaktadır. Süreli yayınlar içinde gazeteler ve dergiler yer almaktadır. ...Süreli olmayan yayınlar ise düzenli ve belirli aralıklarla çıkarılmayan yayınlardır. Kitaplar, broşürler, el ilanları bu gruba girer."* (Özel, 2004, 46)]

Toplatma yetkisi ancak ve ancak Anayasa'nın 28'inci maddesinde sayılan koşullar gerçekleştiğinde uygulanabilir. İnternet'in, yazılı basına göre çok daha etkili olduğu ve kitleleri etkileme gücünün yazılı basına göre çok daha etkili olduğu yadsınamaz. Durum böyle olunca, Anayasa'nın 28'inci maddesi ile süreli yayınlar için öngörülen ve oldukça güç koşullara bağlanan toplatma tedbirinin İnternet için uygulanan türü olarak da ifade edilebilecek olan "erişim yasağı koyma" tedbirinin neden Anayasal bir güvenceye bağlanmadığını anlamakta güçlük çekmekteyiz.

1.3.1.2.1.2. 2. AİHM İçtihadında Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Basın (ve buna bağlı olarak İnternet) özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinin daha iyi anlaşılması için AİHM'in, ABD-YM'nin konu hakkındaki yaklaşımının incelenmesinde yarar olduğunu düşünüyoruz.

AİHM, basını "demokratik düzenin bekçisi" olarak kabul etmektedir. Bundan ötürü basın halkı bilgilendirme, yönetimin yanlışlarını kamuoyunun

dikkatine sunma yoluyla halkın karar alma sürecine katılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. (Avcı, 2013, 134)

AİHM, ifade özgürlüğü ekseninde basın özgürlüğünü değerlendirdiği kararlarında, basın özgürlüğünün sınırlanmasında temel ilke olarak şiddete ve nefrete teşvik etmeyi aramaktadır. AİHM'e göre, bir ifadenin nefret ve şiddet söylemine varıp varmadığı, ifadenin dillendirildiği koşullara göre değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, ifade özgürlüğü eğer salt toplumu kışkırtmak amacıyla söylenmişse (sözgelimi halkı bilgilendirmeyi amaçlayan bir toplantı sırasında değil de propaganda amaçlı olarak mitingdeki bir konuşmada dile getirilmişse) sınırlanabilir. (Tanju, 2012, 195)

Biraz yukarıda ifade özgürlüğü başlığında da Zana, Norwood ve Delfi Kararları'nda atfen değinildiği üzere, AİHM içtihadına göre düşünce ve basın özgürlüğü şiddeti teşvik ediyorsa, nefret dolu ve ırkçı söylemler içeriyorsa, kişilik haklarına saldırı söz konusu ise ya da kişilerin özel hayatının gizliliği basın yoluyla ihlal ediliyorsa basın üzerinde uygulanacak sınırlandırmalar AİHS ölçütlerine aykırılık oluşturmayacaktır. (Tanju, 2012, 177,178). Ne var ki sınırlandırmaya gidilirken kamu makamlarının, basının iletişim özgürlüğündeki etki ve önemini de dikkate alarak, orantılılık ve ölçülülük ilkelerine bağlı kalması da gerekmektedir. (Tanju, 2012,178)

AİHM, Times Newspapers Limited/ Birleşik Krallık Davası'nda, gazetenin basılı nüshasına karşı kişilik haklarının ihlali sebebiyle açılan davada yerel mahkeme tarafından verilen tazminat ve içeriği kaldırma kararına rağmen, ihlale konu olan içeriğin gazetenin web sitesinin arşiv bölümünde dahi olsa tutulmaya devam edilmesinin kişilik haklarını ihlal ettiğine; çünkü bu durumda kişilik hakları ihlal edilen kişinin sürekli bir hak ihlaline maruz kaldığına hükmederek, başvuran gazete açısından Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM, bu kararın 27'nci paragrafında İnternet sitelerinin önemini de şu ifadelerle vurgulamıştır:

> " *AİHM, ifade özgürlüğünün uygulanması konusunda İnternet sitelerinin önemine ilişkin olarak, Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık (no: 1 ve 2), (no:3002/03 ve 23676/03, § 27, AİHM 2009) kararında aşağıdaki görüşe yer verdiğini hatırlatmaktadır: "İnternet*

siteleri, erişilebilirlikleri ve çok sayıda veriyi saklamak ve yaymak konusundaki yeterlilikleri sayesinde, halkın güncel haberlere erişimine ve daha genel olarak haberlerin iletilmesinin kolaylaşmasına büyük oranda hizmet etmektedirler. Mahkeme, İnternette arşiv oluşturmanın İnternet sitelerinin sahip olduğu rolün asli bir bileşeni olduğu için, Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulama alanı içinde yer aldığı görüşündedir." (Karar, p. 27) [(Kararın geniş Türkçe özeti için bkz Avcı, 2013: s.145-147. Case of Times Newspapers Ltd (No. 1 ve 2) v. The United Kingdom (Türkçe Sürüm) http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22display%22:[%220%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%223002/03%22,%2223676/03%22],%22documentcollectionid2%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-111150%22]} (Erişim Tarihi: 05. 11.2014)]

Öte yandan Mahkeme, söyleşinin yayınlandığı kitle iletişim aracının etkisini de müdahalenin meşruluğunu değerlendirmede ölçü olarak ele almaktadır. Tirajı düşük olan bir yerel gazetede yayınlanan konuşmanın kitleler üzerindeki etkisinin de düşük olacağını kaçınılmaz kabul eden Mahkeme'ye göre, böyle bir durumda adı geçen kitle iletişim aracının yayınının durdurulmasını veya toplatılmasını ölçüsüz bir tebdir olarak değerlendirmektedir. (Kısa özet için bkz Avcı, 2013, 153. Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı–Türkçe sürüm: http:// hudoc.echr. coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22baskaya%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22respondent%22:[%22TUR%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]} (Erişim Tarihi: 30.07. 2014) "HAKİM Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall ve Greve'nin müşterek mutabakat şerhi**:**

Sürek - Türkiye (no. 1) davasında Hakim Palm'ın kısmi muhalefet şerhinde öngörülen daha kapsamlı yaklaşımı kullanarak aynı sonuca varsak da, mevcut davada Mahkeme'nin 10. Maddenin ihlal edildiğine ilişkin kararını paylaşıyoruz.

Bizim görüşümüze göre, muhatap Devlete açılan bu tarz davalarda 10. Madde hususunun değerlendirilmesi sırasında yayında kullanılan kelimeler üzerinde çok fazla durulmakta ancak bu kelimelerin kullanıldığı genel bağlam ve bunların olası etkilerine yeterli dikkat verilmemektedir. Şüphesiz ki söz konusu dil çok sert hatta şiddetli olabilir. Ancak demokrasilerde, Mahkemenin de vurguladığı üzere, "savaşçı" kelimeler bile 10. Madde ile koruma altına alınabilir.

Mahkemenin emsal davalarında ortaya çıkan siyasi konuşmalara daha geniş koruma uygulanmasıyla aynı doğrultuda bir diğer yaklaşım ise kullanılan kelimelerin kışkırtıcı yapısına daha az önem verip bu konuşmanın yapıldığı bağlamsal durumun unsurlarına daha fazla önem vermektir. Kullanılan dil şiddeti kışkırtmak ya da tahrik etmeyi mi amaçlamaktadır? Bu duruma yol açabilecek gerçek ve hakiki bir risk var mıdır? Bu sorulara verilecek yanıtlar her davanın koşullarında genel bağlamı oluşturan çok sayıda farklı aşamanın ölçülü bir şekilde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Başka sorular da sorulmalıdır. Suç teşkil eden metnin yazarı toplum içerisinde kendi kullandığı kelimelerin etkisini artırabilecek ve toplumu etkileyebilecek bir kişi midir? Yayına, söz konusu konuşmanın etkisini artırabilecek önemli bir gazetede ya da başka bir ortamda ün sağlayacak şekilde yer verilmiş midir? Kelimeler şiddetin tam ortasında mıdır yoksa şiddete yakın mıdır?

Şok eden ve hakarette bulunan - 10. Maddeyle korunan - dil ile demokratik bir toplumda hoşgörü hakkını azaltan dil arasında ayrım yapabilmek sadece suç teşkil eden kelimelerin ortaya çıktığı bağlamın dikkatli bir incelemesiyle olabilir.")

AİHM, Sürek Kararı'nda basın özgürlüğünün bölücü içerikteki yayınlar bakımından dahi belli koşullar altında geçerli olduğuna karar vermiştir. Kararda özetle:

"59. Basının, şiddet tehdidi karşısında milli güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması veya asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla, bölücü olanlar

da dahil olmak üzere, görüş ve siyasi hususlarda bilgi vermesi bir zorunluluktur. Basının, anılan bilgileri ve fikirleri bildirme zorunluluğunun yanı sıra, halkın da bunları almaya hakkı vardır. Basın özgürlüğü, kamuoyuna siyasi liderlerin fikir ve tutumlarının keşfedilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturulması için en iyi araçlardan birini sağlamaktadır."

denerek basının ifade özgürlüğünün oldukça geniş olduğu vurgulanmıştır. [(Case of Surek v. Turkey (No:1) (Sürek-Türkiye Kararı) (Türkçe sürüm, pdf) (p.59)http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2226682/95%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-141273%22]} (Erişim Tarihi:30.09.2014)]

Lingens Kararı da basın özgürlüğüne yapılan vurgu bakımından önem taşımaktadır. Kararda özetle:

"41. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, demokratik toplumun ana temellerinden birini ve yine bu toplumun gelişmesi ve her bireyin kendini gerçekleştirmesi için esaslı şartlarından birini oluşturduğunu hatırlatır. İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olan veya muhalif sayılmayan veya ilgilenmeye değmez görülen "haber" veya "fikirler" için değil, ama aynı zamanda muhalif olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haberler veya fikirler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olup, bunlar olmaksızın "demokratik toplum" olmaz (bk. yukarıda geçen Handyside kararı, parag. 49).

Basın söz konusu olduğunda, bu ilkeler ayrı bir öneme sahiptir. Basının, "başkalarının itibarlarını korumak" gibi çizilmiş sınırları aşmaması gerekmekle birlikte, kamunun menfaatinin bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, siyasi meselelerde de haber ve fikirleri iletmek, yine basına düşen bir görevdir. Sadece basının bu tür haber ve fikirleri iletme görevi yoktur; halkın da bunları edinme hakkı da vardır (bk.

ayrıntılarda farklılıklarla birlikte yukarıda geçen Sunday Times kararı, parag. 30). Bu bağlamda Mahkeme, Viyana Üst Mahkemesinin kararında geçen, basının görevi haber vermek olup bunların yorumu öncelikle okuyuculara bırakılmalıdır (bk. yukarıda parag. 29), şeklindeki görüşü kabul edememektedir."

denerek basının ifade özgürlüğünün sınırları çizilmiştir. [(Kısa özet için bkz AİHK, 363. Çeviri için bkz: https:// ihami. anadolu. edu.tr/aihmgoster.asp?id=112 Lingens-Avusturya Kararı, Türkçe Özeti (Erişim Tarihi: 07.11.2014). İngilizce metin için bkz Case of Lingens v. Austria http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Lingens%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57523%22]} (Erişim Tarihi:30.09.2014)]

Oberschlick-Avusturya Kararı da basın özgürlüğünün öneminin vurgulandığı başka bir karardır. [(Kısa özet için bkz Karagöz, 2004: s.175) Kararda Handysyde ve Lingens Davaları'ndaki temel ilkelere göndermede bulunulmuş ve burada ifade edilen ilkelerin basın özgürlüğü bakımından önemli olduğu vurgulanmıştır. Kararın geniş Türkçe özeti için bkz Tanju, 2012: s.184, 185. İngilizce metin için bkz Case of Oberschlick v. Austria http:// hudoc. echr. coe.int/ sites/eng/Pages /search.aspx#{ %22fulltext%22: [%22Oberschlick%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57716%22]} (Erişim Tarihi:30.09.2014)]. Basın, siyasi liderlerin toplumsal sorunlara ilişkin görüş ve tavırlarının bilinmesinde önemli bir role sahiptir. Bu nedenle de politikacıların eleştirilebilmesinin hoşgörülebilir sınırı, vatandaşların eleştirilebilmesinin hoşgörülebilir sınırına nazaran daha geniştir. Basın özgürlüğü değerlendirilirken bu durum da göz önüne alınmalıdır. (Karagöz, 2004, 176)

Castells& İspanya Kararı'nda AİHM İspanya'nın Sözleşme'nin 10'uncu maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. İçtihada konu olayda Senatör Castells, 1977 yılından beri Bask Bölgesi'nde birçok saldırı gerçekleştirmiş olan aşırı grupların cezasız kalmış olmalarından hükümeti sorumlu tutmuş ve hükümetin

bu tutumunu da ağır ve hakaretamiz bir dille bir dergide eleştirmiştir. Bu nedenle ulusal makamlarca mahkum edilmiştir. AİHM ise 1977'deki ağır koşullarda başvurucunun yönelttiği eleştirilerin o günün koşullarına bakıldığında düzenin korunmasını sağlamaya yönelik olduğuna hükmetmiş ve hükümete karşı yapılacak olan eleştirilen olağan sınırların üzerinde olmasının normal olduğunu da karara bağlamıştır. (Kaboğlu, 1998, 196; Kısa özet için ayrıca bkz Tanju, 2012, 182. İngilizce sürüm için bkz http://hudoc. echr. coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Castells%22],%22 documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER% 22],%22itemid%22:[%22001-57772%22]} Case of Castells v. Spain (Erişim Tarihi: 30.09.2014). Kısa özet için ayrıca bkz AİHK, 2003, 368)

Görüldüğü üzere, AİHM içtihadına göre basın özgürlüğü demokratik toplum, hoşgörü ve çoğulculuk açısından son derece önemlidir; bundan ötürü olabildiğince sınırlandırılmadan kullanılması sağlanmalıdır.

1.3.1.2.1.2. 3. Anayasadaki Sınırlandırma Nedenlerinin İnternet Hakkında Uygulanması

Anayasa'nın 28'inci maddesinde yer alan basın hürriyeti ile ilgili olan düzenlemeler ve maddenin 4'üncü ile 6'ncı fıkralarında gösterilen sınırlama sebeplerinin İnternet üzerinden yapılan yayınlar bakımından "kıyasen" uygulanması mümkün değildir. Çünkü, İnternet basılı bir eser değildir ve bu nedenle İnternet hakkında basına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olamaz. (Akdeniz ve Altıparmak, 2008, 61) Zira ceza yargılaması hukukunda hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı mahiyette kıyas yapılamaz. (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, 2013, 43-44)

Nitekim bu gerçeği gören kanun koyucu, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde İnternet üzerinden yapılan yayınlardan doğabilecek herhangi bir kişilik hakkı ihlalinde cevap ve düzeltme hakkının nasıl kullanılacağını, Basın Kanunu'nun 14'üncü maddesindeki hükme rağmen, Anayasa'nın 32'nci maddesine uygun olarak yeni baştan düzenlemiştir. Bu durum dahi başlı başına İnternet'in basından farklı bir yapısı olduğunu ortaya koymaktadır. [(*"Basın Kanunun İnternet yayınlarına uygulanıp uygulanamayacağı bir soru olarak*

ortaya konabilir. Bize göre sadece basılmış eserleri kapsayan Basın K. İnternet yayınları için uygulanamaz." (Özel, 2004, 169). Benzeri yönde bkz Söyler, 2013, 41)]

5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi 6.2.2014 T. ve 6518 Sayılı Kanun'un 93'üncü maddesiyle, başlığı da dahil olmak üzere kapsamlı olarak değiştirilmiştir. Değişiklik sonrasındaki metin başvurucuya, ihale yol açan içeriğe hatta web sitesine erişim yasağı koydurtma yönünde talep hakkı da tanımıştır. Maddenin bu yönüyle cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen Anayasa'nın 32'nci maddesine aykırılık taşır hale geldiği söylenebilir.

Bu tartışmayı Basın Kanunu'nun 14'üncü ve 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 18'inci maddesindeki düzenlemeleri de inceleyerek yapmakta yarar olduğunu düşünüyoruz.

Basın Kanunu'nun 14'üncü maddesinde düzeltme ve cevap hakkının nasıl kullanılacağı ifade edilmiştir. Konumuzla bağlantılı olan fıkralar maddenin 1 ve 4 numaralı fıkraları olup, düzenlemeler şöyledir:

> *"(1) Süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlâl edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır.*
>
> *(4) Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı*

şekilde yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren onbeş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın karara bağlar."

Düzenlemenin, 5651 Sayılı Kanun ile karşılaştırmasına girişmeden önce, 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun'un 18'inci maddesinde tanımlanmış olan düzeltme ve cevap hakkına da değinmek gerekmektedir.

6112 Sayılı Kanun'un 18'inci maddesinde radyo ve televizyonlar üzerinden yapılan yayınlarda, cevap ve düzeltme hakkı bakımından uygulanacak yöntem belirtilmiştir. Konumuzla bağlantılı olan fıkralar maddenin 1 ve 2 numaralı fıkraları olup, düzenlemeler şöyledir:

"(1) Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlâl edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması hâlinde, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltme ve cevap yazısını ilgili medya hizmet sağlayıcıya gönderir. Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, cevap ve düzeltmeye konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılabilecek biçimde düzeltme ve cevabı yayınlar. Düzeltme ve cevap hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullandırılır. Düzeltme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir.

(2) Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirtilen süre içinde yayınlanmaması hâlinde bu sürenin bitiminden; birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayınlanması hâlinde düzeltme ve cevabın yayınlandığı tarihten itibaren on gün içinde ilgili kişi, mahkemeden cevap ve düzeltmenin birinci fıkra hükümlerine uygun olarak yayınlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Yetkili ve görevli mahkeme; başvuru sahibinin ikamet ettiği yerdeki sulh ceza mahkemesi, başvuru sahibinin yurt dışında ikamet etmesi hâlinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesidir."

5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin ilk şekli, teminat olarak en azından Basın Kanunu'nun 14'üncü maddesi kadar teminatlı sayılırdı. Çünkü bu düzenlemeye dayanılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konamıyordu. Oysa, 5651 Sayılı Kanun'un 6518 Sayılı Kanun değişikliğinden sonraki 9 ve 9/A maddeleri, İnternet üzerindeki koruma kalkanını basına göre daha da sınırlandırmış görünmektedir. Bu yönüyle, İnternet haberciliğinin yazılı basına göre çok daha az teminatlı olduğunu söylemek mümkündür.

6112 Sayılı Kanun'un 18'inci maddesi de cevap ve düzeltme hakkından yararlanma olanağı tanımaktadır. Madde metni incelendiğinde, düzeltme olanağı yerine veya düzeltme seçeneği olarak radyo-tv yayınına son verilmesi gibi bir uygulama öngörülmüş değildir. Oysa, yayın durdurma ile erişim yasağı niteliği itibarıyla birbirine çok benzemektedir. [(Nitekim, 3984 Sayılı Kanun yürürlükte iken, yayın durdurma cezası hakkında yapılan bir eleştiri, nitelik olarak bu iki yaptırımın aslında birbiriyle ne kadar örtüştüğünü de ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir: *"Yayındaki bir programın yayın ilkelerini ihlal etmesi nedeniyle yayın izninin belli bir süre ile durdurulması, cezanın yayın kurumunda çalışan bütün kişilere sirayetine neden olmakta; kişisel sorumluluk kurumsal sorumluluğa dönüşmektedir. Bununla izleyicinin, görsel-işitsel hizmetten yararlanma hakkı elinden alınmaktadır. İzleyici, severek, beğenerek izlediği bir kanalın yayınlarını izlememe gibi bir durumla karşı karşıya kalmaktadır. Bu nedenle yaptırım kişiselleştirilmekten öte, toplumsallaştırılmaktadır."* (Akıncı, 1999, 193)]

Yasadaki önemli bir çelişki, 6112 Sayılı Kanun'un 44/7'nci maddesindeki *"Bu Kanunun uygulanması açısından, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri saklıdır."* şeklindeki düzenlemedir. Bu düzenleme, 5651 Sayılı Kanun'un tümüne göndermede bulunmaktadır.

Her şeyden önce 44'üncü maddenin başlığı *"Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna ilişkin hükümler"* şeklinde olup, BTK ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun (RTÜK) işbirliğini düzenlemektedir. Her ne kadar adı geçen maddenin genelinde BTK tarafından haberleşme hizmetini sunmak üzere yetkilendirilen işletmecileri, elektronik haberleşme açısından BTK düzenlemelerine tabi oldukları ifade edilmekte ve konuya ilişkin teknik detaylar düzenlenmekte ise de maddenin yedinci fıkrasının 5651 Sayılı Kanun'a yaptığı genel göndermeden ötürü bazı sorunların ortaya çıkabileceği düşünülebilir.

Örneğin İnternet üzerinden de yayın yapan bir radyonun/televizyonun İnternet sitesinin, 5651 Sayılı Kanun'un 8, 9 ve 9/A maddelerine göre kapatılması 6112 Sayılı Kanun'un 44/7 maddesine göre mümkün olabilecektir. [(*"6112 sayılı Kanun'un getirdiği düzenleme ile İnternet ağı üzerinden yapılacak radyo-tv yayınları hakkında 5651 sayılı Kanun hükümleri de ayrıca uygulanmaya devam edecektir."* (Özen ve Baştürk, 2011, 218)]. Peki bu durumda radyonun ve televizyonun İnternet sitesi kapatıldığı halde, radyo veya televizyon olağan yayınına devam edecek midir? Devam edecekse, İnternet sitesinin kapatılmasının ne anlamı olacaktır? Öte yandan, radyonun veya televizyonun yayın ilkelerine aykırılık taşıdığı gerekçesi ile kapatılması veya ilgili yayının yayınına son verilmesi durumunda uygulanacak yaptırım ile, 5651 Sayılı Kanun'un 8, 9 veya 9/A maddelerine aykırılık taşıdığı gerekçesi ile uygulanacak yaptırım birbirinden farklıdır. Kaldı ki 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesindeki "katalog" suçların yayın ilkelerinin ihlali sebepleri arasında sayılması da adı geçen düzenlemeye göre mümkün olabilecektir. Bu durumda, özellikle de sözgelimi 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde

sayılan ve tartışmalı olan "müstehcenlik" kavramına göre bir televizyon veya radyo İnternet yayınının durdurulması mümkün olabilecektir. (Ürper vd Türkiye Kararı konuyla bağlantılı olarak düşünülebilir. Kararın geniş yorumu için bkz Bölüm II, Başlık 2.5.3. Salt İnternet gazeteciliğinin durumu ise çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.2 başlığında geniş olarak tartışılmıştır.)

Öte yandan, kişilik hakları bir radyonun veya televizyonun İnternet sitesi üzerinden yaptığı yayından ötürü ihlal edilen kişiler 6112 Sayılı Kanun'un 18'inci maddesine göre mi yoksa 5651 Sayılı Kanun'un 9 veya 9/A maddelerine göre mi yasal haklarını kullanacaklardır? 5651 Sayılı Kanun'a göre bu kişiler yasal haklarını İnternet üzerindeki yayınlar hakkında nasıl kullanacaktır?

Tartışmanın çözümü bakımından özel yasa genel yasa arasındaki yürürlük kuralından yola çıkılabilir. Özel yasa varken genel yasanın uygulanmayacağı hukukun bilinen en temel ilkelerindendir. Ne var ki 6112 Sayılı Kanun ile 5651 Sayılı Kanun arasında özellik-genellik ilişkisi yoktur. 6112 Sayılı Kanun radyo ve televizyon yayınları için, 5651 Sayılı Kanun ise İnternet yayınları (veya suçları) için uygulanan iki ayrı özel yasadır. İki özel yasanın çatışması durumunda "önceki kural sonrakini yürürlükten kaldırır" ilkesi geçerli olacaktır. Bu durumda 6112 Sayılı Kanun'un 3.3.2011 tarihinde, 5651 Sayılı Kanun'un ise 3'üncü ve 8'inci maddeleri 23.05.2007 tarihinde, diğer maddeleri ise 23.11.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şu halde, 6112 Sayılı Kanun'un 44/7'nci maddesinin 5651 Sayılı Kanun'a göre öncelikle mi uygulanması gerekecektir?

Diğer yandan, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde 2008, 2013 ve 2014 yılında üç ayrı "kısmi" değişikliğe gidilmiş ve 9'uncu maddesinde ise 6.2.2014 tarihinde 6518 Sayılı Kanun ile değişikliğe gidilmiş; aynı tarihte yasaya 9/A maddesi eklenmiştir. Şu halde, İnternet üzerinden yapılan bir radyo veya televizyon yayını nedeniyle söz konusu ihlalin 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin mi yoksa 9 veya 9/A maddelerinin kapsamında kaldığına bakılmalı ve hangi yasanın uygulanacağı ona göre belirlenmelidir. 6112 Sayılı Kanun'a konan 44/7'nci maddesinin uygulamada çok ciddi karışıklıklara yol

açabileceği görülmektedir. Bu nedenle maddenin ya tamamen yürürlükten kaldırılması veya sadece maddenin başlığına göre düzenlenerek BTK'nın çalışma ilkeleri ile sınırlı şekilde kaleme alınmasında yarar vardır.

İnternet'in kitlelere ulaşma gücü ile yazılı, işitsel veya görsel basının kitlelere ulaşma gücü arasında oldukça önemli farklar da vardır. Bu farklar hem nitelik hem de nicelik olarak kendini göstermektedir. Zira, yazılı basında yer alan bir haber çoğu kez bir gün öncesinin veya daha eski bir tarihin haberiyken İnternette yer alan bir haber ise o ana ait olabilir ve derhal güncellenebilir. Görsel/işitsel basın da her ne kadar yazılı basına göre daha geniş kitlelere ulaşma gücüne sahip olsa da etkisi frekans gücü ile sınırlıdır. Oysa İnternet'te, haberler/olaylar canlı dahi yayınlanabilir. Üstelik, Basın Kanunu'nun 14'üncü maddesi anlamında tekzip hakkı kullanıldığında, yayınlanacak olan yeni metinden sonra çoğu kez eski haber bir süre sonra belleklerden silinmektedir. Habere ancak özel merak ve ilgi duyan arşivciler detaylı bir araştırma sonucunda ulaşabilmektedir. Oysa İnternetteki bir haber düzeltme yolu ile kaldırılsa dahi haberin "kırıntıları" günler, aylar hatta bazen yıllarca İnternette izlerini taşımaktadır. (AB'de, İnternet sitelerinde kalan içeriklerin mağduriyete yol açması durumunda, mağdur olan kişiye arama motorlarına başvurarak, yapılacak olan online aramada kendisiyle ilgili içeriğin "unutulmasını" talep etme hakkı (unutulma hakkı) verilmiştir. (Konu hakkında örnek ABAD kararı ve kapsamlı tartışmalar için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.6.4 başlığına bakılabilir.). Bu da cevap ve düzeltme hakkından yararlanmış olan kişiler için dahi ciddi ve önemli mağduriyetlere yol açmaktadır. Bundan ötürü 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinin eski metinlerinin İnternet özgürlüğü için daha ileri durumu işaret ettiği ifade edilebilir.

1.3.1.2.1.2.5 İstatistiki Veriler Işığında Basın Özgürlüğü

Türkiye'nin basın özgürlüğündeki istatistiki sıralaması da ne yazık ki hiç de iç açıcı değildir. Bu kapsamda, Türkiye'nin basın özgürlüğü alanındaki yerine ilişkin yapılan bazı tespitler şöyledir:

Merkezi Fransa'da bulunan "Sınır Tanımayan Gazeteciler" *(Reporters san Fraontiers)* adlı kuruluşun 2012 yılı Basın Özgürlüğü Raporu'ndaki tespitlerine göre, Türkiye İnternet özgürlüğünde 179 ülke içinde, Afrika ülkeleri olan Swaziland ve Kongo'nun gerisinde, Afganistan ve Pakistan'ın hemen üzerinde, 148'inci sırada yer almaktadır. [(http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=385126&kn=29&ka=4&kb=29 "İnternetiniz de Tehdit Altında" başlıklı haber (Erişim Tarihi: 19.12. 2012)]. Keza ABD'deki Özgürlük Evi *(Freedom House)* Kuruluşu'nun 2012 yılı raporunda ise Türkiye'nin konumu daha da kötüdür. Bu raporda değerlendirmeye tutulan 197 ülke içinde Türkiye ne yazık ki Kongo, Nepal ve Senegal'in gerisinde, Uganda'nın hemen üzerinde 121'inci sırada "kısmen özgür ülkeler" kategorisinde kendisine yer bulabilmiştir. [(https://freedomhouse.org/sites/default/files/Global%20and%20Regional%20Press%20Freedom%20Rankings.pdf (Erişim Tarihi:02.04.2015)]

2014 verileri ise çok daha düşündürücüdür. Türkiye Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü'nün yayınladığı basın özgürlüğü listesinde 180 ülke arasında ancak 154'üncü sırada kendisine yer bulabilmiştir. 2014 verilerine göre Türkiye basın özgürlüğü alanında 128'inci sıradaki Afganistan'ın, 135'inci sıradaki Zimbabwe'nin, 143'üncü sıradaki Etiyopya'nın, 147'nci sıradaki Malezya'nın ve 152'nci sıradaki Kongo ile 153'üncü sıradaki Irak'ın arkasındadır. [(http://rsf.org/index2014/en-index2014.php (Erişim Tarihi: 13.02.2014)]. ABD kökenli "Freedom House"un Mayıs 2014 verilerine göre ise Türkiye, 2014 yılında 197 ülke arasında yapılan değerlendirmede 134'üncü sıraya gerileyerek 15 yıl aradan sonra ilk kez "kısmen özgür ülkeler" sınıfından "özgür olmayan ülkeler" sınıfına inmiş ve listede Ekvador, Ermenistan, Güney Sudan ve Libya ile aynı sınıfta yer almıştır. [(http://www.bursadabugun. com/haber/turkiye-ye-basin-ozgurlugu-notu-408396.html(Erişim Tarihi: 30.05.2014)]. 2015 verilerine göre ise Türkiye yaklaşık 5 sıra yükselerek kendisine 180 ülke arasında basın özgürlüğü alanında 149'uncu sıraya çıkmıştır. [(http://www.bianet.org/bianet/ifade-ozgur lugu/162222-turkiye-basin-ozgurlugunde-bes-sira-iyilesti (Erişim Tarihi: 17. 05.2015)]. Yine aynı kuruluşun verilerine göre, Türkiye'de Nisan 2014 sonu itibarıyla engellenen İnternet

sitesi sayısı 11.500'den 40.000'e çıkmıştır. [(http://www.samanyoluhaber . com/teknoloji/Turkiye-internet-ozgurlugunde-de-sondan-birinci-oldu/1068032/ (Erişim Tarihi:07.03.2015)]. 6 Ekim 2015 itibarıyla bu rakamın 87669 olarak ifade edilmektedir. [(http://engelliweb.com /istatistikler/ (Erişim Tarihi: 06.10.2015)]

1.3.1.2.1.2.6.Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında Basın Özgürlüğü

Basın özgürlüğüne ABD-YM'nin bakışını ele almak gerekirse şunlar söylenebilir:

ABD- YM basın özgürlüğünü düşünceyi açıklama özgürlüğünün özel bir görünümü olarak görmekte ve basının demokratik hayattaki önemine binaen özellikle korunması gerektiğini içtihat etmektedir. Buna göre basın özgürlüğü kapsamında, kamuyu ilgilendiren konuların, kamuya açık olarak ve tüm yönleriyle tartışılabilmesi, demokrasilerin en temel niteliklerindendir. New York Times v. Sullivan Kararı, ABD-YM'nin bu yöndeki çok önemli içtihatlarındandır. Sullivan Kararı'na göre, ifade özgürlüğü ile bunun uzantısı olan basın özgürlüğüne, kişilik haklarının korunması karşısında üstünlük tanınmış ve ispat yükü yer değiştirmiştir. [(Özsoy, 2005, 42. Kararın İngilizcesi için bkz: http://supreme. justia.com/cases/federal/us/376/254/ case.html (New York Times v. Sullivan Kararı-1964) (Erişim Tarihi:24.12.2013). Özel, 2004, 59)]

Sullivan Kararı ile başlayan bu eğilim, günümüzde İnternet'in yaygınlaşması ile İnternet alanında da uygulanmaya başlanmıştır. Esinlenilen karar 1959 tarihli Smith v. California Kararı'dır. Bu kararda, bir kitabevi sahibinin sattığı kitapların içeriğinden sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Bu karardan esinlenilerek, ABD'de İnternet hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu da kitabevi sahibinin sorumluluğu gibi düşünülmekte ve ilkesel olarak İnternet sitesinin içeriğinden hizmet sağlayıcıların sorumlu tutulamayacağına karar verilmektedir. (AİHM'in Delfi AS-Estonya Kararı ise bu yönüyle ABD-YM yorumundan ciddi şekilde ayrılmaktadır.) [(Özsoy, 2005, 43. Kararın İngilizcesi için bkz: http://supreme. justia. Com / cases / federal / us/361/147/ (Smith v. California Kararı-1959) (Erişim Tarihi:24.12.2013).

Ayrıca bkz Almagor, 2015, 155, 156. Geniş açıklama için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.4.1 başlığına bakılabilir. Delfi As-Estonya Kararı'nın geniş irdelemesi için bkz Bölüm II, Başlık 2.4.2)]

Öte yandan ABD-YM, İnternette ifade özgürlüğünü sınırladığı gerekçesi ile önce 1996'da İletişim Ahlak Yasası'nı (Communications Decency Act); ardından da 1998 yılında "Çocukları Çevrimiçi Yayınlardan Koruma Yasası"nı (Child Online Protection Act) iptal etmiştir. [(https://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Communications_Decency_Act.html (Erişim Tarihi:15.07.2014). İletişim Ahlak Yasası'nın çocukları pornografik içerikten korumak amacıyla çıkarıldığını kabul eden mahkeme, yasada ne tür eylemlerin suç olarak tanımlandığının açıkça ifade edilmediğini; ayrıca ebeveynlerin kendi çocukları için neyin doğru neyin yanlış olduğuna kendilerinin karar vermeleri gerektiği yönündeki kuralın da adı geçen yasa ile ihlal edildiğini vurgulayarak, çocukları korumak gerekçesi ile kamusal yetkelere e-postaların okunması ile İnternet kullanıcılarının ve kurumların bilgisayarlarına girilmesi, karşılıklı konuşmaların denetlenmesi yönünde verilen yetkiyi "orantısız" bulduğunu iptal kararına gerekçe olarak belirtmiştir. (Avcı, 2013, 128)

1.3.1.2.1.2.7. Sonuç ve Değerlendirme

Sonuç olarak AİHM içtihadı ve ABD-YM içtihatları karşılaştırıldığında, ABD-YM içtihatlarının AİHM'e göre temel hak ve özgürlükleri daha az sınırlandırıcı özellik taşıdığı görülecektir. (Avcı, 2013, 130). Bundan ötürü, ABD-YM içtihadındaki ilkelerin benimsenmesi durumunda basın ve İnternet ögürlüklerinin AİHM içtihadına göre daha az sınırlandırılabileceği ifade edilebilir. Özellikle de AİHM'in yakın tarihte İnternet'le ilgili verdiği Delfi AS-Estonya Kararı'nın gerekçesine bakıldığında bu yöndeki tespitin haklı olduğu anlaşılabilir. (Delfi As-Estonya Kararı'nın geniş irdelemesi için bkz Bölüm II, Başlık 2.4.2)

1.3.1.3. Erişim Yasaklarının Haberleşme Özgürlüğü Açısından Görünümü

İletişim özgürlüğünün iki bileşeninden birisi görsel-işitsel iletişim (haberleşme) özgürlüğüdür. Haberleşme özgürlüğü gibi özel yaşamın gizliliği koruması altına alınmayan ve daha kamusal nitelik taşıyan iletişim özgürlüğü ise, insan haklarına dayanan demokratik hukuk devletinin gereğidir. (Kaboğlu, 1998, 284). Haberleşme özgürlüğü, haber, fikir ve bilgilerin araştırılması, elde edilmesi ve serbestçe öğrenilmesini içermektedir. (Karagöz, 2004, 64)

Haberleşme hürriyeti, bireylerin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeksizin başkalarıyla iletişim kurma hakkını ifade etmektedir.

[(*"Sansür, her türlü neşriyat, haber ve bir yerden diğer yere gönderilen şeylerin, gönderilene ulaşmadan önce gerektiğinde devlet tarafından kontrolü; bazı fikirlerin yazılıp yayılmasının engellenmesi. Sansür, her şeyin zararlı ve kötü tarafının bulunabileceği gibi fikrin de kötüsünün toplum ve insanı, olumsuz yönde etkileyip, tahrip edeninin bulunduğu gerçeğinden doğmuştur. Sansür sözü, eski Roma'daki Censor denen devlet görevlisinden gelir."* http://sansur.nedir.com/#ixzz2pblj6SoN (Erişim Tarihi: 06.01.2014) *"Censor'lar M.Ö. 443 yılından itibaren iki kişi olarak görev yapan, Roma sosyal hayatında etkili olacak tarzda icraatta bulunan magistralardır. Bunlar, Roma toplumunun mali ve ahlaki yaşayışını denetlerlerdi. Beş yılda bir göreve gelen censorların yaptıkları nüfus sayımı (census) sırasında vatandaşlara verdikleri kötü not (nota censoria) o vatandaşın toplumdaki itibarının azalmasına sebep oluyordu."* (Tahiroğlu ve Erdoğmuş, 2014, 9,10) (Bulduk; 2014, 23)]

Nitekim AİHM, haberleşme hürriyetini özel hayat kavramının ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmektedir. (Bulduk, 2014,55)

Görsel-işitsel iletişim özgürlüğü kaynağını düşünce özgürlüğünden alır. Bu nedenle de görsel-işitsel iletişim özgürlüğünün düşünce ve anlatım özgürlüğünün bir özgün türevi olduğunu söylemek mümkündür. (Akıncı, 1999, 159). Düşünce özgürlüğünde önemli olan "düşünülen"in dışa vurulması,

aktarılması ve iletilmesi olduğundan ifade özgürlüğünü demokratik düzenin temeli olarak sayılması mümkündür. (Akıncı, 1999, 157)

İletişim özgürlüğü gerçek anlamda, tam ve etkin olarak sağlandığında fikirlerin kamusallaşmasının yolu açılır. Keza devletin görsel-işitsel iletişim özgürlüğüne yönelik sorumluluğunun başında bu özgürlüğü çoğulculuk ilkelerini de gözeterek toplum düzeni lehine kullanılmasının sağlanması da bulunmaktadır. (Akıncı, 1999, 157). Bundan dolayıdır ki Avrupa insan hakları hukuku öğretisinde, kitle iletişim özgürlüğü "eşitler arasında birinci" konuma sahiptir ve tüm bireylerin kitle iletişim araçlarına serbestçe ulaşması, fikirlerin rahatça ifade edilmesi için gereken olanakların tanınması konusunda her türlü yolun açılmasına önem verilmektedir. (Avcı, 2013, 65). Bu yönüyle iletişim özgürlüğünün diğer kişilik haklarından daha üstün olduğu da ifade edilebilir. (Avcı, 2013, 65)

1982 Anayasası'nın 22'nci maddesinde haberleşme hürriyeti teminat altına alınmıştır. Madde hükmü şöyledir:

> *"(1) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*
>
> *(2) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.*
>
> *(3)İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."*

13'üncü maddenin, 2001 yılında değiştirilerek genel sınırlama nedenlerinin metinden çıkarılması üzerine, 22'nci maddeye altı başlık altında sınırlama nedeni getirilmiştir. Bu sınırlama nedenleri milli güvenlik, kamu

düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu demektir ki yeni metin, eski metne göre haberleşme hürriyetine ilişkin özgürlük alanını daha da daraltmıştır. [(Fendoğlu, 2002, 118) (Yazara göre, aynı durum 20'nci maddedeki özel hayatın gizliliği ile 21'inci maddedeki konut dokunulmazlığı hürriyetleri açısından da geçerlidir.) (Fendoğlu, 2002, 119)] Anayasa metninde sayılan nedenler dışında haberleşme engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı ifade edildiği için, madde hükmü yalnızca haberleşmenin gizliliği hakkında değil, haberleşmenin engellenmesi hakkında da uygulanabilir.

Haberleşme özgürlüğünün engellenmesi bireylerin İnternet üzerinden sosyal medya aracılığıyla iletişim kurma hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Facebook, Twitter, Youtube gibi sosyal paylaşım ağlarını insanlar aynı zamanda haberleşme amacıyla da kullanmaktadırlar. Oysa Türkiye'de bu tür sosyal ağlara sıklıkla ve çoğu kez Anayasa'nın 22'nci maddesindeki sınırlandırma nedenlerine aykırı olarak erişim yasağı konmaktadır. Genellikle 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri kişiliğin veya özel hayatın korunması gerekçesiyle sosyal ağlara (içerik veya alan adı temelli) erişim yasağı konması için kullanılmaktadır. (Geniş değerlendirme için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.6 başlığındaki açıklamalara bakılabilir.)

Haber sitelerine konan erişim yasaklarıyla da haberleşme özgürlüğü ciddi olarak ihlal edilmektedir. (Geniş değerlendirme için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.2 başlığındaki açıklamalara bakılabilir.)

Nitekim AİHM nezdinde mahkum olduğumuz Ahmet Yıldırım Kararı'nın (18 Aralık 2012 T., 3111/10) 50'nci paragrafında ise AİHM İnternet sitelerinin haber alma ve verme hakkı bakımından çok önemli olduğuna şöyle atıfta bulunmuştur:

> *"50. Bu bağlamda, AİHM, AİHS'nin 10. maddesince "her kimsenin" ifade özgürlüğünün güvence altına alındığını vurgulamaktadır; ulaşılmak istenen amacın türü ile gerçek veya tüzel kişilerin bu özgürlüğün uygulanması aşamasında oynadıkları role göre bir ayrım söz konusu değildir (Çetin ve diğerleri v. Türkiye, no:*

40153/98 ve40160/98, § 57, AİHM 2003-III (alıntılar)). Bu durum, yalnızca haber içeriklerini değil, aynı zamanda bu haberlerin yayın araçlarını da ilgilendirmektedir. Zira bu yayın araçlarına getirilen her türlü sınırlama, haber alma ve verme hakkına halel getirmektedir. (bkz, mutatis mutandis, autronic AG v. İsviçre, 22 Mayıs 1990, § 47, A serisi, n° 178). Ayrıca, AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin yalnızca haber verme hakkını değil aynı zamanda toplum için haber alma hakkını da güvence altına aldığını birçok defa dile getirmiştir. (Observer ve Guardian v. Birlesik-Krallık, 26 Kasım 1991, § 59 b), A serisin° 216 ve Guerra ve diğerleri v. İtalya, 19 Şubat 1998, § 53, Kararların derlemesi 1998-I)."[(http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf (Erişim Tarihi: 01.08.2013) Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı (18.12.2012 T., 3111/10) (Erişim Tarihi: 01.08.2013). Ahmet Yıldırım Kararı ile Akdeniz-Türkiye (kabul edilemezlik) Kararları, "orantılılık ve şahsilik" ilkeleri açısından çalışmamızın II'nci Bölüm'ün 2.5.3 başlığında, dava ehliyeti (menfaat) açısından ise II'nci Bölüm'ün 2.5.1 başlığında geniş biçimde (Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı ile karşılaştırmalı olarak) değerlendirilmiştir.)]

Türkiye'de özellikle 5651 Sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesiyle son dönemde haber sitelerine içerik veya alan adlı temelli erişim yasağı konması ve bunda da kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi gibi gerekçelerin gösterilmesi, haberleşme hürriyetine yapılan müdahalelerin Anayasal sınırların dışına çıktığını göstermesi adına çarpıcıdır. (Geniş değerlendirme için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.2 başlığındaki açıklamalara bakılabilir.)

AYM, Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B. sayılı bireysel başvuru kararında ifade özgürlüğünün haber ve görüş alma, verme; bilgiye ulaşma, fikirleri tek başına veya farklı yollarla ifade edebilme hakkını da kapsadığını şöyle belirtmektedir:

"33. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip

olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B.No:2013/2602,23/1/2014, §40)." [(http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=FalseAYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi:16.04.2014)]

Anayasal düzenleme, haberleşme özgürlüğünün kullanım ve sınırlandırma koşullarını ifade ederken, İnternet'e erişim özgürlüğünden ayrıca bahsetmiş değildir. Ancak, İnternet üzerinden e-posta gönderileri de AYM'nin Twitter kararı gerekçesine göre haberleşme kapsamında sayılacağı için, düzenlemenin e-posta sitelerine konacak erişim yasakları bağlamında uygulanacağı söylenebilir. Bir başka deyişle, maddede sayılan sınırlandırma nedenleri dışındaki bir gerekçe ile e-posta hizmeti sağlayan İnternet sitelerine erişim yasağı konması durumunda haberleşme hürriyeti Anayasa'nın 22'nci maddesine aykırı şekilde engellenmiş olacaktır.

Öte yandan, bir veri nedeniyle tüm İnternet sitesine erişim engeli konması aynı zamanda kişilerin haberleşme özgürlüğüne de engel oluşturmaktadır. (Konu, orantılılık ilkesinin incelendiği Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.3 başlığında detaylı olarak irdelenmiştir). Bundan ötürü, teknik olarak olanak varsa, sadece ilgili içeriğe erişimin engellenmesi şeklinde bir uygulamaya gidilmesi daha doğru olacaktır. [(Sadece belli içeriğe erişim yasağı konması mümkündür. (Geniş bilgi için bkz Kaya, 2010, 32)]

Gerçekten de teknik olarak bir İnternet sitesinin belli bir bölümüne (sadece sakıncalı içeriğe) erişim engeli koymak mümkündür. Bu yöntemlere başvurulduğunda Anayasa'nın 22'nci maddesi ile güvencelenen haberleşme

hürriyeti de ihlal edilmemiş olacaktır. (URL engellemesi bu konuda temel hak ve hürriyetlere en az zarar veren yöntem olarak düşünülebilir. Geniş bilgi için bkz Kaya, 2010, 21-39)

Anayasa'nın 31'inci maddesi, haber alma hürriyetinin nasıl sınırlandırılacağını düzenlemektedir. Öte yandan, Anayasa'nın 74'üncü maddesinde kişilerin bilgi edinme ve dilekçe haklarını nasıl kullanacağı düzenlenmiştir. Haberleşme hürriyeti ile bilgi edinme hürriyetinin kesin sınırlarla ayrılamayacağı gözetildiğinde, Anayasa'da düzenlenen dilekçe hakkını "katılma hak ve özgürlükleri" kapsamında "aktif statü hakları" içerisinde kabul etmek mümkündür. (Tanilli, 2001,185)

1982 Anayasası'nın ilk şekli, 2001 Anayasa değişikliği öncesinde haber alma hürriyetinin 13'üncü maddede ifade edilen genel sınırlandırma nedenleri dışında sınırlandırılamayacağı belirtilmiştir. 2001 sonrasındaki metin ise, haber alma hakkının sınırları olarak milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması dışındaki bir nedenin yasada belirtilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Şu halde, haber alma hakkı, ancak 31'inci maddenin kendi içinde sayılan bu sınırlı sayıdaki nedenle sınırlanabilecektir. (Aliefendioğlu, 2002, 167). Öyleyse, zaten 13'üncü maddede yer alan sınırlandırma nedenleri, 31'inci maddeye ayrıca ve özel olarak konduğu için, yapılan anayasa değişikliği özünde önemli bir gelişme sağlamamıştır. Bir görüşe göre bu değişiklik "abesle iştigal"dir. (Gözler, 2002, 340)

Anayasa'nın 31'inci maddesinin başlığı *"kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı"* dır. Anayasa'nın 176/2'nci maddesine göre kenar başlıklar madde metninden sayılmayacağı için, yalnızca başlıktan yola çıkılarak yoruma varılması pek doğru görünmemektedir.

Şu halde, 31'inci maddenin yazılış biçimini ve anlamını yorumlamak gerekir. Öncelikle 31/1'nci madde, kenar başlığı ile koşut olup, kişilerin ve siyasi partilerin kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkını ortaya koymaktadır. Bu durumda

İnternet'ten yararlanma hakkı da bu kapsamda sayılmalıdır.

Ne var ki maddede, kişilerin ve siyasi partilerin kamu tüzel kişiliklerinin elinde olmayan basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmiş değildir. Bu konunun düzenlenmemesinin önemli bir eksiklik olduğu kanısını taşımıyoruz. Zira, bireylerin ve siyasi partilerin kamu tüzel kişilerinin dışındaki kişilerin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanması durumunda, bu araçlara malik olan kişilerin mülkiyet hakkı ile, bu araçlardan yararlanmak isteyen kişilerin haber alma veya bilgilenme hakkı çatışma içinde olacaktır. Bu durumda, bireylerin mülkiyet hakkına üstünlük tanınması gerektiği düşüncesindeyiz.

İnternet'e erişim hakkını bu fıkra kapsamında yorumlayacak olursak diyebiliriz ki bir kişinin herhangi bir kamu kurumundaki İnternet erişiminden yararlanma hakkının bulunmaktadır. Şu halde, sözgelimi bir kimse, adliye binasına girse ve oradaki İnternet hizmetinden yararlanmak istese buna engel olunmaması gerekir. Bir kamu kurumunun İnternet bağlantısına erişim hakkının hangi koşullarla sınırlandırılacağı ise aynı fıkranın son cümlesi gereğince ancak kanunla düzenlenebilir. 31'inci maddenin birinci fıkrasının bu eksende yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Maddenin ikinci fıkrasında, halkın bu araçlarla haber almasının sınırını koymuştur. İlk sınır, yukarıda da ifade edildiği üzere yasal düzenlemedir. Ancak ikinci sınır ise, ikinci fıkradaki "sınırlamanın sınırı" olarak ifade edilen düzenlemelerdir. Buna göre, halkın bir kamu kurumunun elindeki İnternet'e erişim hakkı, kanunla düzenlenmiş olması koşulu ile ve ancak milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması amaçlarıyla sınırlandırılabilecektir. Sınırlamaların kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasını, halkın bu araçlar kanalıyla haber almasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici mahiyette olması ise Anayasal düzenlemeye göre mümkün değildir.

Eğer aksine bir yorumla, 31'inci maddeden yola çıkılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konabileceği, başka bir deyişle, 31'inci maddenin,

İnternet'e erişim yasağı konması yönündeki anayasal boşluğu giderdiği söylenecek olursa, Anayasa'nın 13'üncü Maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik anlamsız kılınmış olur. Şu halde 31'inci maddenin İnternet özgürlükleri lehine yorumlanmasında yarar vardır. Ancak daha da önemlisi maddenin bireylerin kamu kurum ve kuruluşlarındaki İnternet hizmetinden yararlanabileceğini açıkça ifade eder şekilde yeniden yazılmasıdır.

1.3.1.4. Erişim Yasaklarının Bilgi Edinme Özgürlüğü Açısından Görünümü

1.3.1.4. 1. Genel Değerlendirme

Fikir ve kanaatlere ulaşabilme olanak ve serbestliği, düşüncenin hammaddesini oluşturur ve düşünme olanaklarını geliştirir. (Kaboğlu, 1998, 191). Bu nedenle, haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme, "enformasyon hakkı" (bilgiye erişim hakkı) olarak da betimlenebilir. Bu hak, kanaat oluşturma ve düşünce olanağı sağladığı için düşünce özgürlüğünün ön koşulu olarak ifade edilebilir. (Kaboğlu, 1998, 191). Bu hakkın başlıca muhatabı devlettir. Devletin bu hakkı gerçek ve tüzel kişilere tanıması gerekir. (Bireylerin devlete ulaşabilmesinin ve taleplerini devlete iletebilmesinin en etkili ve bilinen ilk yolu dilekçe hakkıdır. Dilekçe hakkı, insan haklarının korunmasında önemli bir araç olan "hak arama özgürlüğü ile bilgi edinme hakkının da öncüsü destekçisidir. (Hız ve Yılmaz, 2004, 22). Enformasyon hakkı, devlete bireylerin bilgiye ulaşmasını sağlamak için gereken altyapıyı ve "enformasyon verme ödevi" yüklenmişse söz konusu olabilir. (Kaboğlu, 2013, 121) Bu nedenle, enformasyon hakkı, düşünce ve kanaat özgürlüğü, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı ile yakın ilişki içerisinde olup; bu yönüyle bilgi edinme hakkını da kapsadığı için bir üst hak olarak kabul edilmesi mümkündür. (Kaya, 2005, 39). Bilgiye sağlıklı ve etkin biçimde kitleler tarafından ulaşılabilirliğin sağlanmaması devletin kitleleri bilgiye ulaştırma ödevini yerine getirmediğini ortaya koyar. (Avcı, 2013, 53) 5369 Sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'nun 2'nci maddesi ile de devlete bu ödev yüklenmiştir. (Geniş değerlendirme için bkz Bölüm III, 3.3.1)

Bu bağlamda bilgi edinme özgürlüğünün, kişinin istediği herhangi bir konuda dilediği kaynağa sınırsız olarak ulaşabilmesini, araştırabilmesini, bilgilenmesini, öğrenebilmesini içerdiği söylenebilir. Bundan ötürüdür ki bilgi edinme özgürlüğü düşünceyi ifade özgürlüğünden önce gelir. Denilebilir ki erkince düşünülen bir ortamın olmadığı durumda bilgi edinme de olanaklı olamaz. Aynı şekilde, bilgi edinilemeyen bir ortamda erkin ve özgür düşüncenin de varlığını sürdürebilmesi mümkün değildir. (Benzeri yönde Söyler, 2013, 76). Bu çıkarımdan hareketle, bilgi edinme hakkının genel olarak idarenin elindeki bilgileri/ belgeleri elde etme hakkı olarak kabul edilmesi mümkündür. Buna karşın bilgiye erişim (enformasyon) hakkı ise, bilgi edinme hakkını da kapsayan, her türlü kanalla bilgiye ve bilgiye ulaştıracak araçları elde etme hakkı olarak kabul edilebilir.

İfade özgürlüğünün görmeye, duymaya ve okumaya ilişkin yönünü yansıtan bilgi edinme özgürlüğü, ifade özgürlüğünden ayrı bir özgürlük olarak düşünülemez. Her iki özgürlüğün birbirini tamamladığı söylenebilir. (Karagöz, 2004, 65)

Bilgi edinmenin temel araçlarından birini İnternet'e erişim hakkı oluşturur. İnternet'e erişim hakkının engellenmesi bilgi edinme hakkının da engellenmesi sonucunu doğurabilecektir. (Youtube'a konan erişim yasağının kişilerin bilgiye ulaşma ve bilimsel araştırma yapma hakkını engellediği yönündeki görüş için bkz Akdeniz**,** 2010, 396) Bireyler, İnternet'ten bilgi edinmek için arama motorlarına sık sık başvurmaktadır. İnternet üzerinden yapılan bilimsel çalışmalarda da arama motorlarına başvurulmaktadır. Bu nedenle, arama motorlarına konacak (olası) bir erişim yasağının bireylerin bilgiye ulaşma hakkını da olumsuz etkileyeceği söylenebilir. (Söyler, 2013, 38)

Anayasa'nın 20'nci maddesine 13 Mayıs 2010 tarih ve 27580 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5982 Sayılı ve 7.5.2010 tarihli *"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* un 2'inci maddesi ile ikinci fıkra eklenmiş ve kişisel verilere ulaşma, bu veriler hakkında bilgi edinme hakkı Anayasal düzeyde teminat altına alınmıştır. (Bilgi edinme hakkının tarihi gelişimi ve detaylı bilgi için bkz Hız ve Yılmaz, 2004, 121 vd.). Eklenen fıkra şöyledir:

"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

Kişisel veriler hakkında bilgi edinme, kişilerin en temel hakları arasında tanımlanmıştır. Anayasa'nın 20/2'nci maddesi ile kişisel verilere erişim hakkı karşılaştırmalı hukuktaki benzerleri gibi anayasal bir hak olarak tanınmıştır.

Bilgi edinme ve dilekçe hakkı konusundaki asıl düzenleme ise Anayasa'nın 74'üncü maddesidir.

1982 Anayasası'nın 74'üncü maddesi, 2010 yılında değiştirilmiştir. Değişiklik öncesindeki metin şöyledir:

"(1) Vatandaşlar, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir.

(2) Kendileriyle ilgili başvurmaların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.

(3) Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir."

Bu maddeye göre yapılacak olan başvuruların değerlendirilmesi için TBMM bünyesinde bir "dilekçe komisyonu" kurulmuştur. Anayasa'nın 74'üncü maddesinde tanınmış olan şikayet hakkı ile öncelikle devlet faaliyetlerinde hukukiliğin korunması amaçlanmaktadır. (Akıncı, 1999, 28)

13 Mayıs 2010 tarih ve 27580 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5982 Sayılı ve 7.5.2010 tarihli *"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* un 8'inci maddesi ile Anayasa'nın 74'üncü maddesi yeniden düzenlenmiş ve değişiklik sonrasında

74'üncü madde başlığı ile birlikte değiştirilerek bilgi edinme hakkı tanınmıştır. Toplam 6 fıkradan oluşan düzenlemenin ilk üç fıkrası konumuzla bağlantılıdır. Diğer üç fıkra ise kamu başdenetçisinin seçim usulü hakkındadır. (Kamu denetçisinin seçim ve çalışma usulü hakkında geniş bilgi için bkz Akad/ Dinçkol/Bulut, 2014, 313-320. Ayrıca bkz Kaboğlu, 2013, 246) Düzenlemenin yeni şekli şöyledir:

> *"VII. Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*
>
> *(1)Vatandaşlar (Ek ibare:3/10/2001-4709/26 md.) ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir.*
>
> *(2) Kendileriyle ilgili başvurmaların sonucu, (Ek ibare:3/10/2001-4709/26 md.) gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.*
>
> *(3) (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/8 md.) Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir."* [(http://www. resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513.htm&main=http:// www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513.htm (Erişim Tarihi:19.08.2014)]

Bilgi edinme hakkının karşılaştırmalı hukuktaki ve değişik uluslararası belgelerdeki görünümünün incelenmesi, Türkiye'deki düzenlemelerin daha iyi anlaşılması ve yapılacak olan olası yeni yasal düzenlemeler açısından fikir vermesi adına önem taşımaktadır.

İsveç'in, bilgi edinme hakkına anayasal güvence tanıyan ülkeler arasında önemli bir konuma sahip olduğu görülecektir. Çünkü, İsveç'te konu ile ilgili kapsayıcı hükümler taşıyan Basın Özgürlüğü Kanunu anayasal güvenceye bağlanmıştır. (Bilgi için bkz Karagöz, 2004,33; Türkiye Bilişim Şurası**,** 2002, 311)

ABD'de kişilerin bilgiye ulaşma ve dilekçe hakları 11 Haziran 1946 tarihli "Yönetsel Yöntem Yasası" *(Administrative Procedure Act-APA)* ve daha sonra çıkarılan 4 Temmuz 1966 Tarihli "Bilgi Edinme Özgürlüğü Yasası" *(Freedom of Information Act-FOIA)* ile teminat altına alınmıştır. (Akıncı, 1999: s.30). Ardından 1976'da çıkarılan "Günışığında Yönetim Yasası" *(Government in the Sunshine Act-GISA)* ile bireylerin bilgiye tam anlamıyla ulaşabilmesi sağlanmıştır. (Akıncı, 1999, 31)

FOIA'ya 1996 yılında ek maddeler eklenmiş *(The Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996)* ve bireylerin bilgiye elektronik ortamda da ulaşabilmesine olanak tanınmıştır. Tüm kamu kurum ve kuruluşları, bireylerin bilgilere elektronik ortamda da ulaşabilmesini sağlayıcı önlemleri almakla yükümlü duruma getirilmiştir. (Akıncı, 1999, 30). Ayrıca bu yasa ile, yönetim tarafından bireylere verilecek yanıtın süresi yasa değişikliği öncesinde bu süre 10 günken, değişiklikle süre 20 güne çıkarılmıştır.

FOIA gereğince, idarenin bilgileri açıklaması ayrıksı değil; genel kuraldır. Buna göre, her vatandaşın öğrenme ve bilgi edinme konusunda eşit hakkı vardır. Bilgi ve belgenin açıklanmamasının haklılığını, bilgiyi/belgeyi isteyen kimsenin değil, vermeyen idari makamın kanıtlaması gerekir. (Akıncı, 1999, 30)

Belçika Anayasası'nın 34'üncü maddesine göre *"Herkes, yasaca belirtilen durumlar ve koşullar hariç, her idari belgeyi görme ve onun fotokopisini edinme hakkına sahiptir."* Keza İspanya Anayasası da 105'inci maddesiyle *"idari belgelere giriş hakkı"*nı tanımaktadır. (Kaboğlu, 2013, 120)

Anayasa'nın 74'üncü maddesindeki değişiklik neticesinde Türkiye'de de, yukarıda bazı örneklerine değinilen ülkelerdeki gibi, bilgi edinme hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır. (Kaboğlu, 2013, 146). Bu nedenle, değişiklikten önceki dönemde, bilgi edinme hakkının anayasal dayanağının olup olmadığı yönündeki tartışmaların da anlamı kalmamıştır. Kanaatimizce, bilgi edinme hakkının anayasal güvenceye bağlanması doğru bir değişiklik olmuştur. Böylece, bilgi edinme hakkının da anayasal dayanağı oluşmuştur.

10-11 Mart 2005 tarihinde Kiev'de toplanan "Kitle İletişim Politikası konusunda 7'inci Avrupa Bakanlar Konferansı"nda kabul edilen bildiri ile AK üyeleri arasında uygulanması gereken kitle iletişim politikalarının biçimlendirilmesi amaçlanmıştır. [(Bildiri hakkında geniş bilgi için bkz Avcı, 2013, 264-266. Bildiri'nin Türkçe sürümü için bkz http://www. coe.int/t/dghl/ standardsetting/media/doc/MCM%282005%29005_tr.pdf (Erişim Tarihi:04.03. 2014)] . Bildirinin konumuzla bağlantılı olan düzenlemesi 6'ncı maddesindeki *"22. Resmi belgelere erişim hakkındaki Rec (2002) 2 Tavsiye Kararı ve Avrupa Konseyinde yürütülmekte olan e-yönetim'e ilişkin çalışmalarını göz önünde tutarak kamu makamlarının şeffaflığını arttıran ve medya aracılığıyla eleştirel bakışı kolaylaştıran yolları inceleyin"* şeklindeki ifadesi, AK'nin resmi belgelere İnternet ortamında erişim hakkı konusunda, Konsey üyesi devletlere, belgelere ulaşımda kolaylık sağlanması yönünde öneride bulunması bakımından önemlidir. (Avcı, 2013, 264. 7'inci Avrupa Bakanlar Konferansı, s.12, başlık 22)

Keza AK Bakanlar Komitesi tarafından, Bakan Temsilcilerinin 12 Şubat 2004 tarihinde yapılan 872'nci toplantısında kabul edilen *"Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi"* ile de İnternet ve diğer kitle iletişim araçları aracılığı ile ifade ve bilgiye erişim hakkı düzenlenmiştir. (Tanju, 2012, 76) Bildirinin 2'nci sayfasında bilgiye erişim hakkı şöyle ifade edilmiştir:

> *"I. Medya kuruluşları aracılığıyla ifade ve bilgi edinme özgürlüğü Kamuoyunun kamuyu ilgilendiren konularda bilgilendirilmesi çoğulcu demokrasinin ve siyasi ifade özgürlüğünün bir gereğidir. Bu özgürlük, medya kuruluşlarının siyasi şahsiyetler ve kamu görevlileri hakkında olumsuz bilgiler ve eleştiri niteliğinde görüşler yayınlama hakkı ile kamunun bu tür görüş ve bilgileri öğrenme hakkını da kapsar."*

AB-THŞ'nın (Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı) 42'nci maddesi de bireylerin bilgiye ulaşma hakkını düzenlemektedir. *"Belgelere erişme hakkı"* başlığını taşıyan maddede, bilgi edinme hakkı şöyle düzenlenmiştir:

> *"Birliğin bütün vatandaşları veya bir Üye Devlette ikamet eden veya kanuni adresi bu devlette bulunan bütün gerçek veya tüzel kişiler,*

Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon belgelerine erişme hakkına sahiptir."[(http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/bakanlar_komitesi/Dec2004PoliticalDebatetr.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2014). Benzeri düzenlemeye Antlaşma'nın II-102'nci maddesinde de rastlamaktayız. http:// www. ankarabarosu. org.tr/ Siteler/1940- 2010/ Kitaplar / pdf / until 2007/avrupaicin.pdf (Erişim Tarihi:07.08.2014)]

Şart'ın 8/2'nci maddesi kişisel bilgilerin korunması başlığı adı altında, 2'nci cümlesinde *"Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan bilgilere erişme ve bunlarda düzeltme yaptırma hakkına sahiptir."* diyerek kişilerin kendileriyle ilgili bilgi ve belgelere ulaşma hakkını güvence altına almıştır. [(http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20%C5%9EARTI.pdf (Erişim Tarihi:04.08.2014)]

Öyleyse, AB nezdinde bilgilere erişim (bilgi edinme) hakkı tüm AB vatandaşlarına veya AB nezdinde kayıtlı merkezi bulunan tüm tüzel kişilere tanınmış olan bir haktır. AB vatandaşı olmasa dahi, AB üyesi bulunan bir devlette yasal yerleşimyerine sahip olan kişilerin AB Parlamentosu, Konsey ve Komisyon'un belgelerine erişim sağlama, bu belge ve bilgiler hakkında bilgi sahibi olma hakkına sahiptir. (Kaya, 2005, 158)

Ayrıca, AB toprakları üzerinde yaşayan herkes (AB nezdinde resmi yerleşimyeri olsa da olmasa da) resmi kurumların kendileri hakkında toplamış olduğu tüm bilgilere ulaşma ve kişisel bilgilerinde düzeltmeye gidilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu iki maddede tanımlanan bilgi ve belgelere ulaşma hakkı bakımından, başvuruculların herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulması söz konusu değildir. (Kaya, 2005, 158). Ne var ki Şart'ın 52, 53 ve 54'üncü maddelerindeki koşullarla bireylerin bilgi ve belgelere ulaşma hakkının sınırlandırılabileceği söylenebilir.

Bilgi edinme hakkı konusunda ise Afrika, diğer ülkelerin yasal düzenlemelerine göre daha zayıf kalmıştır. Afrika'da bilgi edinme hakkını kabul eden ilk belge, 27 Haziran 1981 tarihinde Nairobi'de kabul edilen ve 21 Ekim 1986'da yürürlüğe giren "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır.

[Kavram, Gemalmaz'dan aynen alınmıştır. (Gemalmaz, 2014/2, 451) Sözleşme ile Afrika bünyesinde çalışacak insan hakları mahkemesi de kurulmuştur. http://www.african-court.org/en/ (Erişim Tarihi:23.07.2014). Mahkemenin çalışma sistemi ve yapılanması için bkz Gemalmaz, 2014/2, 476 vd.)] Bu hak 9'uncu madde ile şöyle güvencelenmiştir: *"(1) Her birey bilgi alma hakkına sahiptir. (2) Her birey görüşlerini, hukuk sınırları içerisinde ifade etmek ve yaymak hakkına sahiptir."* [(Çeviri için bkz Kaya, 2005, 137. "Article 9: *1. Every individual shall have the right to receive information. 2. Every individual shall have the right to express and disseminate his opinions within the law***"** Sözleşme'nin İngilizce tam metni için bkz (http://www.africancourt.org/en/images/documents/Sources%20of%20Law/Banjul%20Charta/charteang.pdf) (Erişim Tarihi:23.07.2014)]

Bildirge'de dikkati çeken düzenleme, 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının b başlığındaki *"Herkes, bir hakkın kullanılması veya korunmasında zorunluluk olduğunda özel sektörün sahip olduğu bilgilere erişme hakkına sahiptir."* şeklindeki hükümdür. (Kaya, 2005, 138). Buna göre, özel şahısların elindeki bilgi ve belgelere de erişim olanağı tanınmaktadır. Oysa, gerek hukumuzdaki gerekse karşılaştırmalı hukuktaki pek çok bilgi edinmeyi konu alan yasal düzenlemelerde özel sektörün elindeki belgelere veya bilgilere erişim olanağı tanınmış değildir. (Yaşamış, 2004, 65). Öyleyse, bu yönüyle, Afrika İfade Özgürlüğü İlkeleri Bildirgesi'nin diğer çağdaş bildirgelere göre çok daha ileri bir düzenleme içerdiği söylenebilir. Bildirge'deki bu düzenlemenin TTK'nın 1524'üncü maddesindeki düzenlemeye benzediği ve TTK'nın adı geçen maddesinin de benzerlerine göre, özel sektörün elindeki belgelere ulaşma hakkı tanıdığı için ileri bir aşamayı işaret ettiği söylenebilir.

6102 Sayılı TTK'nun 1524'üncü maddesinin 3 ve 4'üncü fıkraları, bilgi edinme hakkının özel görünümünü yansıtmaktadır. Madde hükmü şöyledir:

"D) Elektronik işlemler ve bilgi toplumu hizmetleri

I - İnternet sitesi

MADDE 1524- (Değişik: 26/6/2012-6335/34 md.)

(3) İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açıktır. Erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak

veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırılamayacağı gibi herhangi bir şarta da bağlanamaz. Bu ilkenin ihlali hâlinde herkes engelin kaldırılması davasını açabilir.

(4) İnternet sitesinin bu maddenin amaçlarına özgülenmiş kısmında yayımlanan içeriğin başına tarih ve parantez içinde "yönlendirilmiş mesaj" ibaresi konulur. Bu ibare ancak bu Kanuna ve bu fıkrada anılan yönetmeliğe uyulmak suretiyle değiştirilebilir. Özgülenen kısımda yer alan bir mesajın, yönlendirildiği karinedir. Sitenin, bir numara altında tescili ve ilgili diğer hususlar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından bir yönetmelikle düzenlenir."

6102 Sayılı TTK'nun 1524/3 hükmü, inceleme konumuz açısından önem taşımaktadır. Adı geçen fıkraya göre, 397'nci maddenin 4'üncü fıkrasına göre denetime tabi olan her türlü ticari şirket, İnternet sitesi açarak yasada belirtilen içerikleri paylaşmak zorundadır. Ne var ki İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açık olacaktır.

Erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırılamayacağı gibi herhangi bir şarta da bağlanamayacaktır. Bu ilkenin ihlali hâlinde herkes engelin kaldırılması davasını açabilmesi mümkündür.

Şu halde, hukukumuzda yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarının elindeki bilgilere ulaşma hakkı bakımından tanınan bilgi edinme hakkına, TTK bağlamında bir ayrıksı getirilmiş ve 1524'üncü maddede sayılan koşullarla, herkese yasada koşulları belirtilen özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin bilgilere erişme hakkı tanınmıştır. Öte yandan, kişilerin sayılan nitelikteki verilere ulaşmasının engellenemeyecek oluşu da bilgi edinme hakkı açısından fevkalade önemlidir. Dava ehliyetinin "herkese" tanınmış olması da 5651 Sayılı Kanun'da, erişim yasağı kararlarına yapılacak itirazlarda "ilgili" sıfatının nasıl yorumlanması gerektiği yönünde de yol gösterici olabilecektir.

1.3.1.4.2. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında Bilgi Edinme ve İnternet'e Erişim Hakkı

Bilgi ve belgelere erişim hakkı AB Bakanlar Konseyi'nin çıkardığı 30.05.2001 tarih ve 1049/2001 sayılı tüzük ile güvence altına alınmıştır.[Kaya, 2005: s.158. İngilizce metin için bkz http:// www. europarl. europa. eu/ RegData/PDF/r1049_en.pdf (Regulation EC No:1049/2001) (Erişim Tarihi:11.08.2014)] Tüzük, bireylere mümkün olan en geniş şekilde Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Komisyonu belgelerine erişim hakkı tanımayı sağlamak amacıyla idari kurallar tesis ederek, bilgiye erişim hakkını kolaylaştırmaktadır. (Kaya, 2005, 160) Tüzüğe göre, AB vatandaşları ile yerleşimyeri bir üye devlette bulunan gerçek kişiler veya merkezi üye devletlerden birinde bulunan tüzel kişiler ile, AB üyesi devletlerin vatandaşı olmasa dahi bu devletlerde yaşayan gerçek kişiler Avrupa Parlamentosu'nun, Avrupa Konseyi'nin ve Avrupa Komisyonu'nun belgelerine ulaşma hakkına sahiptirler. [(Kaya, 2005, 160. http://www.europarl.europa. eu/RegData / PDF /r1049_en.pdf (Regulation EC No:1049/2001) (Erişim Tarihi:11.08.2014)]

Bu cümleden olarak ABAD'ın (Avrupa Birliği Adalet Divanı) bilgi edinme hakkına ilişkin bazı kararlarına da değinmekte yarar vardır.

ABAD'ın bilgiye ve belgelere ulaşma hakkını incelediği kararlarına da değinmekte yarar vardır.

Verein für Konsumenteninformation v Commission Kararı'nda (2/03-13 Nisan 2005) ABAD bir dosyada bulunan belgelerin her birinin somut olarak incelenmeksizin, dosyaya bütünüyle erişimi reddetmenin belgelere erişme hakkı ile bağdaşmadığını, dosyaya kısmi erişim olanağı tanınmamasının da AB Andlaşması'nın 5,10 ve 255'inci maddeleri ile AB-THŞ'nın 42'nci maddesini ihlal ettiğini ifade etmiştir. [(Kararın İngilizce metni: http:// curia. europa.eu / juris/showPdf.jsf?text=&docid=60314&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst &dir=&occ=first&part=1&cid=71444 Konsumenteninformation v Commission Kararı (13.04.2005, 02/03) (Erişim Tarihi:11.08.2014). Konsumenteninformation v Commission Kararı, p.47. (Aktaran: Kaya, 2005, 176)]

Ayrıca kararda Mahkeme ölçülülük ilkesini, topluluk kurumları tarafından benimsenen önlemlerin, güdülen amaçlara varmadaki uygun ve zorunlu olan sınırları aşmaması gerektiği şeklinde yorumlayarak, davalı

kurumun somut ve ayrı olarak belgeleri incelememesinin, kural olarak ölçülülük ilkesinin açık ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. [Konsumenteninformation v Commission Kararı, p.47. (Aktaran: Kaya, 2005, 177)]

Mahkeme Hautala v. Konsey Kararı'nda (19.07.1999, 14/98) başvurucunun, AB vatandaşlarına Birlik kurumlarının belgelerine mümkün olduğunca geniş ve en çok erişim hakkı tanınmasına dair ilkenin, iptali istenen Konsey kararı ile ihlal edildiği yönündeki iddiayı değerlendirmiştir. Neticede ABAD, istisnaların kapsamadığı bilgilere kısmi erişim hakkı tanınıp tanınmayacağının Konsey tarafından incelenmesi gerektiğine hükmederek, davaya konu olan Konsey kararını iptal etmiştir. [(Hautala v. Council Kararı, p.85,88 (Aktaran: Kaya, 2005, 185 vd.). Kararın İngilizce metni için bkz: http:// curia. europa. eu/juris / showPdf.jsf? text= & docid =44332 &pageIndex =0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=75817 Hautala v. Council Kararı (19.07.1999, 14/98) (Erişim Tarihi:11.08.2014)]

Mahkeme'ye göre, bir bireyin bilgi edinme talebi (belgelerin açıklanması talebi) kamu güvenliği, uluslararası ilişkiler, mali istikrar, mahkeme işlemleri, soruşturma ve araştırmalarla ilgili kamu yararının korunmasını olumsuz yönde etkileyecekse reddedilebilir. Konsey, bilgilerin açıklanmasının belirtilen istisnalar tarafından korunan kamu yararının kısımlarından birini olumsuz yönde etkileme olasılığı bulunup bulunmadığını talep edilen her belge için ayrı ayrı değerlendirmek zorundadır. [(http:// curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43954&pageIndex=0&doclang =EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85061 (Erişim Tarihi:11. 08. 2014) Svenska Journalistförbundet Kararı (17.06.1998, 174/95)]

1.3.1.4.3. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararlarında Bilgi Edinme ve İnternet'e Erişim Hakkı

ADB-YM'nin Deaton Kararı, İnternet üzerinden bilgiye ulaşma hakkı açısından değerlendirilebilir. (United States v. Deaton, 204 F. Supp. 2d 1181, 22 May 2002). Kararda ABD-YM, bilgisayarında çok sayıda çocuk pornosu görüntüsü bulundurmaktan mahkum edilen, ve mahkumiyet kararı ile birlikte

herhangi bir İnternet aboneliği alamaması ve İnternet kullanım hakkının da sınırlandırılması yönünde hükümlü Deaton'un başvurusunu değerlendirmiştir. [Karar, çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.1 başlığında "denetimli serbestlik" açısından değerlendirilmiştir. Burada ise bilgiye ulaşma hakkının sınırlandırılması bakımından değerlendirilmektedir. http://law. justia.com/ cases/federal/district-courts/FSupp2/204/1181/2429263/ (United States v. Deaton Kararı , 204 F. Supp. 2d 1181, (22 May 2002) (Erişim Tarihi:8.8.2015). Karar, özetlenerek tarafımdan "mealen" aktarılmıştır.]

Mahkeme, gerekçesinde diğer denetimli serbestlik ve cezai tedbirlerin yanı sıra hükümlü hakkında "herhangi bir şekilde İnternet'e abone olamaması" yönünde de hüküm kurmuştur.

Deaton, karardaki "herhangi bir şekilde İnternet abonesi olamaması" yönündeki gerekçeye itiraz etmiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre, bir hükümlü için dahi olsa İnternet, yaygınlaşan kullanım alanıyla bir iletişim aracı olarak günümüzde bilgiye ulaşma hakkı bakımından çok önemlidir. Mahkeme, bu bağlamda önceki kararlarındaki "bilgisayar günümüzde bilgiye ulaşmanın temel araçlarından biridir." (988 275 F.3d.) şeklindeki argümanını hatırlatmaktadır. Yüksek Mahkeme, yerel mahkemenin gerekçesini bu yönden düzelterek onamıştır.

ABD'de ABD-YM (Supreme Court) da benzeri başka bir olayda (United States v. Phillips, No. 14-2118 (12.01.2015) Kararı), cep telefonuna ve bilgisayarına yüklediği yetişkin pornosu görüntüleriyle birlikte kendi cinsel organını kadınlara gösterdiği gerekçesiyle bilgisayar kullanmaktan ve İnternet'e erişim hakkından yoksun bırakılan hükümlü Philips hakkında verilen yerel mahkeme kararını, hükümlünün İnternet üzerinden bilgiye ulaşma hakkının da engellendiği, bu engellemenin bilgi edinme hakkını ölçüsüz olarak sınırladığı gerekçesiyle bozmuştur. (Karar, çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.1 başlığında "denetimli serbestlik" açısından değerlendirilmiştir. Burada ise bilgiye ulaşma hakkının sınırlandırılması bakımından değerlendirilmektedir. http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca8/14-2118/14-2118-2015-05-05.pdf?ts=1430839888 United States v. Phillips, No. 14-2118 (12.01.2015)

Kararı (Erişim Tarihi:8.8.2015) Karar, özetlenerek tarafımdan "mealen" aktarılmıştır.)

1.3.1.4.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Bilgi Edinme ve İnternet'e Erişim Hakkı

AİHM'in bilgi edinme hakkına ilişkin kararlarının incelenmesi ve bu bağlamda AİHM'in Akdeniz-Türkiye (kabul edilemezlik) Kararı'ndaki tespitlerle, AYM'nin Youtube Kararı'nın bilgi edinme ve bilgiye ulaşma hakkı bakımından yorumlanması gerekmektedir.

AİHS'te bilgi edinme hakkıyla ilgili açık bir düzenleme yoktur. Bu yöndeki başvuruları AİHM 10'uncu maddedeki "ifade özgürlüğü" kapsamında değerlendirmektedir.

AİHM'in bilgi edinme hakkı ile doğrudan ilgili bir kararı da mevcut değildir. (Yaşamış, 2004, 26). Mahkemenin Sirbu vd Moldova; M.G v İngiltere; Mc Ginley ve Egan v. İngiltere; Gaskin v. İngiltere; Leander v. İsveç kararları bilgiye ulaşma hakkının dolaylı da olsa yorumlandığı kararlarıdır. Bu davalarda AİHM, bilgiye ulaşma hakkını açıkça tanımamış olmakla birlikte, "mevcut dava şartları içinde" kalıbını kullanarak, bilgiye ulaşma hakkından yararlanmayı da büsbütün dışlamamıştır. Yine de kararların tamamında bilgiye erişim hakkının reddedilmemesi dikkate değerdir. (Kaya, 2005, 147)

Leander& İsveç Kararı'nda da AİHM bilgi alma özgürlüğünün bilgiye ulaşma, bilgiyi araştırma ve toplama özgürlüğü ile birlikte yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir. (Tanju, 2012, 164)

Autronic davasında, kamuya açık bir fuar alanında uydu üzerinden o zamanki Sovyetler Birliği'ne ait yayınları reklam amaçlı yayınlamak isteyen bir firmanın yayınlarının izne bağlanması 10'uncu maddenin bilgi ve haber alma hakkı açısından ihlali olarak değerlendirilmiştir. (Karagöz, 2004, 294, 295; Tanju, 2012, 165). *Vereniging Weekblad Bluf* kararında ise AİHM, gizli olarak nitelenen bir bilginin yayınladığı derginin toplatılmasına ilişkin toplatma kararının, bilginin geniş bir kitleye ulaştıktan sonra verildiği için anlamsızlaştığı düşüncesiyle 10'uncu madde yönünden ihlal bulmuştur. (Soykan, 2007, 70)

Leander-İsveç Kararı'nda AİHM, bilgi edinme hakkını dar yorumlamış ve İsveç Hükümeti'nin, başvurucunun işin gerektirdiği güvenliğe sahip olmadığı gerekçesi ile kamu görevine atanmamasını kabul etmemesine ilişkin kararını Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. (Karagöz, 2004, 68)

Kararda AİHM, başvurucunun kendisi hakkındaki iddiayı çürütebilmek için hükümetin kendisi hakkındaki dosyanın içeriğini öğrenme istemini reddeden işleminin Sözleşme'nin 10'uncu maddesini ihlal etmediğine, zira Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin kamu görevine girme hakkını himaye etmediği gerekçesi ile aynı maddenin bireylere kendileriyle ilgili belgeler hakkında bilgi edinme hakkını tanımadığı, hükümetin de bu tür bilgileri paylaşmakla yükümlü olmadığı gerekçesine dayanmıştır. (Kaya, 2005, 139)

AİHM, Open Door and Dublin Well Women-İrlanda Davası'nda hamile kadınların kürtaj olmasını yasaklayan İrlanda mevzuatının, hamile olan kadınlara nerede kürtaj olabilecekleri yönünde bilgi verilmesini de engelleyen mevzuatın Sözleşme'nin 10'uncu maddesine aykırı olduğunu ifade etmiştir. (Karagöz, 2004, 167). Başka bir deyişle kararda, kürtaj olma hakkı yönünde bilgi edinmeyi yasaklayan yasaların, Sözleşme'nin 10'uncu maddesi anlamında bireylerin bilgiye ulaşma hakkını engellediğini ifade etmiştir. (Karagöz, 2004, 164)

Mahkemeye göre, hamile kadınların nerede kürtaj olabileceklerini gösteren buna ilişkin reklam yapan dergilere ve yayınlara ulaşılmasının engellenmesi etkin bir çare olmadığı gibi, konuyu düzenleyen yasanın açık ve anlaşılır olmaması da ayrı bir ihlal sebebidir. Yasal düzenlemeye dayanan uygulamanın demokratik bir toplumda zorunlu, gerekli ve meşru amaca yönelmiş olduğunu kabul etmek de mümkün görünmemektedir. (Karagöz, 2004, 167)

Komisyona göre, bilgiye ulaşma hakkı, yalnızca herkesi ilgilendiren genel konular bakımından geçerlidir. (Karagöz, 2004, 67)

Bu cümleden olarak AİHM'in Yaman Akdeniz (kabul edilemezlik) Kararı'nın yorumlanmasında yarar bulunmaktadır**.** [**(**http:// hudoc. echr. coe. int/eng#{%22itemid%22:[%22002-9493%22]} - Akdeniz-Türkiye Kabul Edilemezlik Kararı, İngilizce özet, (Erişim Tarihi:06.08.2015)]. Akdeniz-

Türkiye (kabul edilemezlik) Kararı, "orantılılık ve şahsilik" ilkeleri açısından çalışmamızın II'nci Bölüm'ün 2.5.3 başlığında, dava ehliyeti (menfaat) açısından ise II'nci Bölüm'ün 2.5.1 başlığında, geniş biçimde (Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı ile karşılaştırmalı olarak) değerlendirilmişse de bu başlıkta adı geçen karar yalnızca bilgiye ulaşma hakkı açısından değerlendirilmektedir.

Akdeniz-Türkiye (kabul edilemezlik) kararında, İnternet siteleri üzerinden bilgiye ulaşma hakkı yorumlanmıştır. [(http:// hudoc. echr. coe. int/ eng#{%22itemid%22:[%22002-9493%22]} - Akdeniz-Türkiye Kabul Edilemezlik Kararı, İngilizce özet, (Erişim Tarihi:06.08.2015). Çeviri tarafımdan yapılmıştır.)]

Akdeniz Türkiye Kararı'nda başvurucu Yaman Akdeniz, Haziran 2009'da savcılık kanalıyla "myspace" ve "last.fm" adlı web sitelerine müzik çalışanlarının telif haklarına aykırı yayın yaptıkları gerekçesiyle erişim yasağı koydurtmasına ilişkin karar kesinleştikten sonra, konan yasakların kendisinin de adı geçen İnternet sitelerinden bilgiye ulaşma hakkının engellendiği gerekçesiyle mağduriyetine yol açtığı gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur. Kararın gerekçesinde AİHM başvuruyu şu ifadelerle değerlendirmiştir:

> *"Başvurucu, bu sitelerin bir kullanıcısı olarak, diğer site kullanıcıları gibi, pek çok site arasından yalnızca bu siteler üzerinden müzik dinleme hakkından yoksun kalmıştır. Ancak başvurucunun, aynı müziklere, başka siteler üzerinden telif haklarının ihlali söz konusu olmadan da ulaşabilmesi güç değildir. Buna ek olarak başvurucu, erişime engellenen İnternet sitelerinin kendisi açısından önemli bir iletişim veya bilgiye ulaşma kaynağı olduğunu ispatlayamamıştır. Buna göre gerçek şudur ki başvuru sahibi, adı geçen web sitelerine erişim hakkından mahrum bırakılmasının genel çıkarını nasıl etkilediğini açıklayamamıştır. Bu olgu, olayı Ahmet Yıldırım-Türkiye (3111/10, 18 Aralık 2012) Kararı'ndan farklı kılmaktadır."*

AİHM, Akdeniz Kararı'ndaki gerekçesiyle, İnternet üzerinden bilgiye ulaşma hakkının sınırlandırılması söz konusu olacaksa, konan erişim yasağı nedeniyle başka yollardan dahi (başka İnternet siteleri üzerinden) bilgiye

ulaşılamıyor olmasını ihlalin varlığı için aramaktadır. Bu yorumun hatalı olduğu düşüncesindeyim. Zira bu yöndeki yorumdan hareketle, sözgelimi bir haber sitesine erişim yasağı konacak olursa, başvuran kişinin başka haber siteleri kanalıyla da aynı habere ulaşabilmesi mümkün sayılacaktır. Bu da haber sitelerine erişim yasağı konması durumunda, hükümetlere "başvurucu aynı habere başka haber siteleri aracılığı ile de ulaşabilir" şeklinde savunma argümanı geliştirmesinin yolunu açabilecektir. AİHM'in yorumunun bu yönüyle hatalı olduğu görüşündeyiz.

Şu halde, Sözleşme'nin bilgi edinme hakkı bakımından diğer ulusal üstü emsalleri kadar geniş bir koruma sağladığını söylemek, yukarıda örneklenen içtihat karşısında, mümkün görünmemektedir.

1.3.1.4.5. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Bilgi Edinme ve İnternet'e Erişim Hakkı

AYM, İnternet'in bilgi edinme ve bilgiye ulaşma hakkının kullanılmasında çok önemli bir role sahip olduğunu "Youtube" hakkındaki 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında şöyle ifade etmiştir:

> *"58. Erişime kapatılan youtube.com gibi çok sayıda kullanıcısı olan internet siteleri büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumun gündem oluşturmasına, gündemin takibini ve bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır. (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. Times Newspaper Ltd./ Birleşik Krallık, B. No: 23676/03, 10/6/2009, § 27)."* [(http://www. kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/ Content/ e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM' nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

Keza AYM, Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B. sayılı bireysel başvuru kararının 39 (ve Youtube Kararı'nın 52) numaralı paragraflarında da İnternet'in bilgiye ulaşma hakkının kullanılması konusundaki önemine şöyle atıfta bulunmaktadır:

"39. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır." [(AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False (Erişim Tarihi:16.04.2014)]

Öyleyse AYM de AİHM gibi İnternet sitelerinin bilgiye ulaşmadaki önemini vurgulayarak, devletin İnternet erişimini sınırlandıracak kuralları koyarken ve uygularken kişilerin düşüceyi açıklama ve bilgiye ulaşma haklarına da olabildiğinde az müdahale etmesi gerektiğine işaret etmektedir.

1.3.1.5. Erişim Yasaklarının Eğitim Özgürlüğü Açısından Görünümü

Bünyesinde öğretme ve öğrenme özgürlüğünü içeren eğitim hürriyeti 1982 Anayasası'nın 42'nci maddesinde düzenlenmiştir. (Kaboğlu,1998, 276)

1982 Anayasası eğitim ve öğretim hakkını 42'nci maddede oldukça kapsamlı olarak düzenlediği gibi, bu hakkın kullanılması bakımından birtakım sınırlandırma nedenlerine de yer vermiştir.

1982 Anayasası'nın 42'nci maddesi bütünüyle konumuzla bağlantılı değildir. 42'nci maddenin ilk üç fıkrası ile, sekizinci fıkrasının araştırma konumuzla bağlantılı olduğu düşünülebilir.

Buna göre kimse, eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamayacaktır. Öğrenim hakkının kapsamı ise ancak yasa ile tespit edilecek ve düzenlenecektir. Öte yandan eğitim ve öğretimin Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin

gözetim ve denetimi altında yapılması esas olup bu ilkelere aykırı olan eğitim ve öğretim yerlerinin ise açılması yasaklanmıştır.

Maddenin 8'inci fıkrasında eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetlerin yürütüleceği, bu faaliyetlerin her ne suretle olursa olsun engellenemeyeceği ifade edilmiştir

Fıkranın son tümcesinden çıkan anlam, eğitim ve öğretim kurumlarında eğitim ve öğretimle ilgili yürütülen faaliyetlerin hiçbir şekilde engellenemeyeceğidir. Bu nedenle, İnternet üzerinden eğitim veya öğretim hizmeti veren bir İnternet sitesinin faaliyetinin de kural olarak hiçbir şekilde engellenememesi gerekmektedir.

Gerçekten de İnternet'e erişim yasakları ile eğitim hakkının bağlantılı olduğunu düşünmek mümkündür. Sözgelimi İnternet üzerinden eğitim veren özel paket programları ile özellikle ilköğretim çağındaki çocukların derslerini İnternet üzerinden alabilmeleri mümkün olmaktadır. [(TTNET'in vitamin paketi buna örnektir. http://www.vitaminegitim.com/ (Erişim Tarihi: 14.01.2014). Keza Uydunet hizmeti olan astronot hizmeti de uzaktan eğitime örnek olarak verilebilir. (https://www.astronot.com.tr/) (Erişim Tarihi: 14.01.2014)]. Keza açıköğretim lisesi ve yükseköğrenimi de İnternet üzerinden alınan eğitime verilebilecek önemli örneklerdendir.

Bundan ötürü, İnternet üzerinden eğitim hizmeti verilen bu tür İnternet sitelerine konacak olası erişim yasağının kişilerin eğitim hakkını engelleyeceği söylenebilecektir. Konu, bu yönüyle İnternet'e erişim özgürlüğü ile yakından bağlantılıdır. Ne var ki İnternet üzerinden eğitim veren sitelerin de maddede belirtilen sınırlandırma nedenlerine uygun içerikte yayın yapması gerekmektedir. Aksi bir durum, bu İnternet sitelerinin hukuka aykırı içeriklerine erişim yasağı konması yönündeki bir talebi (veya kararı) ölçülü ve gerekli kılabileceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun hale de getirebilecektir.

1.3.1.6. Erişim Yasaklarının Bilim ve Sanat Özgürlüğü Açısından Görünümü

Sanat, Arapça kökenli bir sözcük olup, Arapça'da "amel", yani iş ve yapma anlamındaki "sunu" sözcüğünden alınmıştır. Arapça sözlükte, "bir işi vücuda getirmek" (icadet-ül fiil) ve "bir maddeye zihinde tasarlanan şekil ve sureti vermek" (icad-ül suret) anlamlarına gelmektedir. (Atalay, 2004, 44) Buna karşın Türkçe Sözlük'te ise sanat *"Bir duygunun, tasarının, güzelliğin anlatımında kullanılan yöntemlerin tümü veya bu anlatım sonucunda ortaya çıkan üstün yaratıcılık; ustalık, hüner, beceri; yetenek."* anlamlarında kullanılmaktadır.[(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_ bts&arama = kelime&guid=TDK.GTS.52bae906ebf6b6.73917959 (Erişim Tarihi:25.12.20 13)]

Bilim ise, *"evrenin veya olayların bir bölümünü konu olarak seçen, deneye dayanan yöntemler ve gerçeklikten yararlanarak sonuç çıkarmaya çalışan düzenli bilgi, ilim; genel geçerlik ve kesinlik nitelikleri gösteren yöntemli ve dizgesel bilgi; belli bir konuyu bilme isteğinden yola çıkan, belli bir amaca yönelen bir bilgi edinme ve yöntemli araştırma süreci"* olarak betimlenmektedir.[(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama= kelime&guid=TDK.GTS.52bae9fe7d3c92.21466065 (Erişim Tarihi: 25. 12.20 13)]

Anayasa'nın 27'nci maddesi *"(1) Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkında sahiptir. (2) Yayma hakkı Anayasa'nın 1'inci, 2'nci ve 3'üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz. (3) Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir."* düzenlemesini içermektedir.

1982 Anayasası'nın düzenlemesi Anayasa'nın ilk üç maddesini bilim ve sanat özgürlüğünün sınırlandırma nedeni olarak kabul etmektedir. Bu yönüyle 27'nci maddenin ikinci fıkrasının, sınırlandırma nedenlerini çok geniş tutarak, demokratik toplumda gereklilik ilkesi ile bağdaşmaması yönüyle AİHS

kuralları ile AİHM normlarına aykırılık taşıdığı düşünülebilir. (Avcı, 2013, 188)

Görüldüğü gibi, maddedeki düzenleme sanat özgürlüğünü bağımsız bir düzenlemeye konu etmemiş, bilim özgürlüğü ile birlikte kullanılabileceğini ifade etmiştir. (Atalay, 2004, 43)

Öte yandan, maddenin ikinci fıkrasında bilim ve sanatı yayma hakkının, Anayasa'nın ilk üç maddesinin değiştirilmesi amacıyla kullanılamayacağı bir sınırlandırma nedeni olarak düzenlenmiştir.

Sanat özgürlüğü, 1966 Tarihli BM-ESKHS'nin 15'inci maddesi ile BM-İHEB'in 27'nci maddesinde kültürel haklar başlığı ile incelenmiştir. Bu Sözleşmeler'de sanat özgürlüğü, bireylerin yaşadıkları toplumun kültürel hayatına katılma hakkı, bilimsel gelişmelerden yararlanma hakkı; bilimsel, edebi veya sanatsal üretim sonucu oluşturulan maddi ve manevi menfaatlerin korunmasından yararlanma hakkı ile birlikte düşünülmüştür. (Atalay, 2004, 54)

Sanatsal yaratma özgürlüğü de sanat özgürlüğünün bünyesinde yer almaktadır. Bu bağlamda, sinema, müzik, tiyatro yapıtlarının hem sanatsal yaratma hem de düşünce ve kanaatleri açıklama özgürlüğü kapsamında yer aldığı söylenebilir. (Kaboğlu, 2005, 300). Şu halde, bu alanlarda yapılacak olan yasal düzenlemelerin adı geçen özgürlükleri zedelememesi için azami dikkatin gösterilmesi gerekmektedir. (Kaboğlu, 1998, 280)

Sanatsal yaratma özgürlüğü bağlamında, sanatsal değeri olan müstehcen içerikli fotoğraflarını veya resimlerini oluşturduğu web sitesine koyarak sunmak isteyen bir fotoğraf sanatçısının veya ressamın İnternet sitesine konacak olan erişim yasağı, Anayasa'nın 27/1 düzenlemesine aykırılık oluşturabilecektir. Her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 226'ncı maddesinin 7'nci fıkrasında *"Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz."* şeklinde bir düzenleme var ise de maddenin üçüncü fıkrası ile çocuklara ulaşması engellenmek koşulu ile, sanatsal ve edebi eserler hakkında TCK'nın 226'ncı maddesinin uygulanmaması bu durumu çok da değiştirmeyecektir görüşündeyiz.

Durum böyle olunca, sözgelimi bir çocuğun cinsel bölgesini konu alan bir fotoğraf, herhangi bir bilimsel web sitesinde yer alıyorsa TCK 226/3 anlamında müstehcen sayılmayabilecek fakat edebi ve sanatsal bir değere sahip dahi olsa hukuka uygun kabul edilmeyecektir. (Özbek, 2009, 128). Bu durumda, adı geçen web sitesine 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi gereğince erişim yasağı konabilecektir.

Aynı şekilde, sözgelimi müstehcen içerik taşıyan bir şiirini İnternet sitesinde yayınlayan bir ozan ya da bu nitelikteki bir karikatürü web sitesine koyan bir karikatürist ya da bir bebeği çıplak şekilde gösteren bir resmi barındıran web sitesi içeriği edebi veya sanatsal olduğu halde, sırf İnternet'e ve bu İnternet sitesine çocuklar da rahatlıkla ulaşabildiği için erişim yasağına maruz kalabilecektir. Çünkü hukukumuzda cezalandırılan müstehcenliktir. (Özbek, 2009, 59,137. Bunun sebebi kanaatimizce TCK'nın 226'ncı maddesinin belirlilik ilkesinden uzak şekilde kaleme alınmış olmasıdır.) Bu şekildeki bir uygulamanın Anayasa'nın 26/1 ve 27/1 maddelerine aykırı olduğu söylenebilir.

AB-THŞ'nın 13'üncü maddesinde sanat ve bilim özgürlüğü *"Bilimsel araştırma ve sanat sınırlamaya tabi tutulamaz. Akademik özgürlük gözetilmelidir."* ifadeleri ile teminat altına alınmıştır. [(http: //www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20%C5%9EARTI.pdf (Erişim Tarihi: 04. 08.2014). Aynı şekildeki düzenlemeye Antlaşma'nın II-73'üncü maddesinde de rastlıyoruz. (http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/avrupaicin.pdf s. 73 (Erişim Tarihi:07.08.2014)]

13'üncü maddede de AB nezdindeki bilimsel araştırmalarla sanatsal ifade özgürlüğünün sınırlandırılamayacağı ve akademik özgürlüğün sınırsız olduğu belirtilmektedir. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, AB-THŞ düzenlemesinin diğer ulusal üstü düzenlemelere göre daha özgürlükçü çizgide olduğu söylenebilir. Ne var ki bilim ve sanat özgürlüğü bakımından da Şart'ın 52, 53 ve 54'üncü maddelerindeki koşulların gözetilerek birtakım kayıtlamalara gidilmesi mümkün olabilir.

13'üncü maddede bilim ve sanat özgürlüğüne sınırlandırma getirilemeyeceği ifade edildiğine göre, İnternet sitelerine bilim ve sanat özgürlüğünün (sözgelimi müstehcen içeriğin) ihlal edildiği gerekçesi ile kural olarak erişim yasağı konamaması gerekmektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, ifade özgürlüğü bilgi (haber) ve kanaatleri (fikir) alma ve vermeyi de içerir. AİHM, buna örnek olarak ise İsveç'te Scientology Kilisesi'nin açtığı davayı vermiştir. Müller vd İsviçre Davası da bu bağlamda değerlendirilebilecek bir başka örnektir. (Tanju, 2012: s.162). Bu davada, sanatsal alanda bilgi ve fikir anlatımına özgürlük tanınması da ifade özgürlüğünün temel unsurlarından kabul edilmiştir. Bu kararla AİHM, sadece ifade edilen fikir veya bilgilerin içeriğini değil, bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına almıştır.

AYM de Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B. sayılı bireysel başvuru kararında (p.36) ve Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında (p. 49) İnternet üzerinden düşünceleri ifade etmenin de ifade özgürlüğünün bir görünümü olduğuna işaret ederek, bunun da korunması gerektiğini belirtmektedir:

> *"36. Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir. (B.No:2013/2602,23/1/2014, §43)."* [(http:// www.kararlaryeni. anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi:16.04.2014). http://www. kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

Bir çeviri eserin Türkiye'de yayınlanan nüshasının toplatılması ile çevirmenine para cezası verilmesini konu alan Rahmi Akdaş & Türkiye (2010)

Kararı'nda da bir sanat eserinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında dikkat edilmesi gereken ölçütler çarpıcı biçimde ortaya konmuştur. **(**Tanju, 2012, 245 vd.)

Buna göre, başvuruya konu eser ilk kez 1907 yılında Fransa'da yayınlanmıştır. Eserin içeriğinin müstehcen olması çevirmenin sorunu değildir. Çevirmen, yalnızca dünyanın pek çok ülkesinde yayınlanmış olan adı geçen eseri Türkçe'ye kazandırmıştır. Kural olarak, ahlaki gerekliliklerin göreceliliği gözetildiğinde, ahlakın korunması gerekçesi ile alınacak olan ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin kararların ulusal makamlar tarafından takdirinin AİHM'ce tartışılması doğru bir yaklaşım değildir. Ancak adı geçen eserin yayımının üzerinden 100 yılın üzerinde bir zamanın geçmiş oluşu, eserin *"La Pléiade"* adlı çok saygın bir ödülü kazanması ve aralarında Avrupa Konseyi üyesi devletlerin de bulunduğu dünyanın pek çok ülkesi tarafından eserin kendi dillerine çevrilmiş oluşu da gözetildiğinde, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasındaki kültürel, tarihi ve dini farklılıklar kamunun farklı bir dilde-bu davada Türkçe-Avrupa Edebiyat Mirası'na ulaşmasının engellenmesini haklı gösteremez. (Tanju, 2012, 246)

Öte yandan, verilen cezada yerel makamlar bir toplumsal gereksinimi gidermek amacıyla hareket etmiş değillerdir ve kitabın yasaklanması yasa ile öngörülen amaçla da bağdaşmamaktadır gerekçesi ile olayda Türkiye 10'uncu maddenin ihlalinden ötürü mahkum edilmiştir.

Ne var ki AİHM nezdindeki bu mahkumiyet kararına rağmen Yargıtay 14'üncü CD, 19.02.2013 T., 2012/13056 E., 2013/1527 K. sayılı kararında sanatsal ve edebi değer taşımayan ve yalnızca cinsel dürtüleri bayağı bir şekilde harekete geçirmeye yarayan eseri müstehcen eser sayılmış; TCK 226/7'nci maddeden kurulan hüküm sanık aleyhine bozulmuştur. Kararın gerekçesi özetle şöyledir:

> *"Yargılamaya konu edilen kitapta hiçbir olay örgüsüne yer verilmeden sadece cinsel dürtüleri harekete geçirmeye yönelik basit, sıradan ifadelerle ters lezbiyen, doğal olmayan ve hayvanlarla yapılan cinsel ilişkilerin, çocuklar kullanılmak suretiyle bayağı bir dil kullanılarak*

anlatılması, ifadelerin toplumun ar ve haya duygularını incitici, cinsel arzuları tahrik ve istismar edecek şekilde aynı zamanda kişilerin dışkılamaları dahi tiksinti verecek şekilde ifade edilmek suretiyle hiçbir sanatsal ve edebi değer katılmadan kurgulanmıştır.

Anneye, teyzeye, kardeşe, aynı cinse, hayvanlara yönelik cinsel sapkınlık düzeyine varan ifadeler içeren kitabın fransızcadan tercümesi ve yayınlanmasının demokratik bir toplumda çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gereği olan ifade özgürlüğü kapsamında kalan eylemler olarak kabul edilmesi mümkün değildir."

Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla soruşturma aşamasında iki kişilik bilirkişi heyetinden, ve yargılama aşamasında Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu'ndan bilirkişi raporu alınarak, adı geçen eserin bilimsel eser olmadığı ifade edilmesine rağmen, yerel mahkeme bu fikre itibar etmeyerek sanığın beraatine karar vermiştir. Yine Yargıtay, dosyadaki "soyut ifadeler taşıyan" 3'üncü bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulmasını da adı geçen kararında bozma sebebi yapmıştır.

Kararın konuya ilişkin paragrafı da şöyledir:

"Soruşturma aşamasında iki kişilik bilirkişi heyetinden alınan 28.04.2009 tarihli ve yargılama aşamasında Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu tarafından düzenlenen 11.08.2010 tarihli raporlarda belirtilen, yargılamaya konu kitabın hiçbir sanatsal ve edebi değerinin bulunmadığı biçimindeki değerlendirmelere hangi nedenlerle itibar edilmediği açıklanmadan, 12.03.2010 tarihli genel ve soyut ifadeler kullanılarak hazırlanan bilirkişi raporuna itibar edilerek, sanıkların eylemlerin TCK.nın 37. maddesi göndermesiyle 226/5. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı maddenin 7. fıkrası uyarınca kitabın sanatsal ve edebi değeri olduğu gerekçesiyle beraatlere hükmolunması,"

Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.1.4.2. başlığında genişçe irdelendiği üzere, müstehcenlik kavramı görecelilik taşıyan bir kavramdır. Çoğu kez bilirkişiler veya mahkemeler de bu kavramı anlamlandırmakta

güçlük çekmektedirler. Bir yargıca/bilirkişiye göre müstehcen kabul edilen görüntü, başka bir yargıca/bilirkişiye göre müstehcen kabul edilmeyebilir. Durum böyle olunca, kavramın yorumunun özgürlükleri genişletici şekilde yapılması gerekmektedir. Oysa, gerek II'nci Bölüm'ün 2.5.1.4.2. başlığında gerekse yukarıda özetlenen Yargıtay kararlarında, müstehcenlik kavramı özgürlükleri genişletici şekilde değil, daraltıcı şekilde yorumlanmıştır. Yine kararda ters ve lezbiyen ilişkinin "doğal olmayan" ilişki olarak yorumlandığı, bunlara ilişkin anlatımların da "bayağı" ve "tiksindirici" olarak ifade edildiği anlaşılmaktadır. (Doğal olmayan cinsel ilişki kavramına ilişkin geniş açıklama için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.5.1.4.2. başlığına bakılabilir.)

Rahmi Akdaş Kararı ile yukarıda özetlenen Yargıtay kararı arasında birtakım farklar olduğu düşünülebilir. İlki, Akdaş Kararı'na konu olan kitap bir edebiyat ödülü almış ve pek çok dile çevrilmiştir. Bu nedenle, oradaki eserin sanatsal ve edebi nitelikte bir eser olduğunu söylemek mümkündür. Oysa Yargıtay Kararı'na konu olan kitabın herhangi bir ödül alıp almadığı karardan anlaşılamamaktadır. Her iki karara bu açıdan bakıldığında, Yargıtay kararının Akdaş kararına aykırı olmadığı, çünkü olayların farklı özellik taşıdığı söylenebilir.

Ancak Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla, karara konu olan kitap ensest ilişkiye dair ifadeler içermektedir. Bundan ötürü kitaptaki eylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında kalmadığı ifade edilmiştir. Gerekçeye bu yönüyle katılıyoruz. Ensest ilişkinin, çocuklara ilişkin müstehcenliğin ve hayvan pornografisinin himaye görmemesi gerektiği görüşündeyiz. Bu türden ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında kalmaması doğru bir yaklaşım olsa da ifadelerin içeriğinin çok iyi değerlendirilmesi, sanatsal yaratma ile ifade özgürlüğünün korunması ile aradaki menfaat dengesinin kurulması açısından önemlidir.

Diğer yandan, adı geçen kitabın neden sanatsal içerik taşımadığının da kararda yeterli açıklıkta izah edilmediği düşüncesindeyiz. Yaptırılan bilirkişi incelemelerinde, hangi ölçütlere dayanılarak eserin sanatsal nitelik taşımadığına karar verilmiştir? Kaldı ki dosyadaki iki rapora rağmen bir rapor eseri sanatsal bir eser olarak görmüş ve beraat hükmü de bu rapora göre tesis

edilmiştir. Ancak Yargıtay'a göre beraat kararına gerekçe oluşturan rapordaki ifadeler "muğlak ve soyuttur". Yargıtay, bu yorumu yaparken hangi ölçütü esas almıştır? Bu detay gerekçede izah edilmemiştir.

Öte yandan, dosyada davaya konu olan eserin edebi ve sanatsal nitelik taşıyıp taşımadığı hakkında üç ayrı görüş vardır. Bunlardan ikisi kovuşturma aşamasında olup birbirine ters görüşlerdir. Öyleyse, bilirkişiler arasında adı geçen eserin edebi ve sanatsal nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda fikir birliği de yoktur. Bir yorum eseri edebi eser sayarken, diğer yorum ise saymamaktadır. Şu halde, karar gereğince yapılması gereken Başbakanlık Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kurulu gibi siyasi (ve tarafsızlığı kuşkulu olan) bir kurumdan alınan rapora itibar ederek bilim ve sanat özgürlüğünü kısıtlayacak nitelikte bir karar vermek yerine, dosyanın üniversitelerin fen-edebiyat ve güzel sanatlar fakültelerinden atanacak öğretim üyelerine tevdii edilerek konu hakkında bilimsel görüş istenmesi olmalıydı. (1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun 2/4-5'inci maddesinde kurulun üye sayısı 11 olarak ifade edilmiştir ve üyelerin 8'i çeşitli bakanlıklar tarafından seçilirken, başkan da Başbakanlıkça belirlenir.)

Görünen odur ki gerek müstehcenlik kavramının gerekse bilim ve sanat eserinin niteliği konusunda Türk Hukuku'nda bir fikir birliği yoktur. Bu durum, sanatsal yaratma özgürlüğü anlamında ciddi hak ihlallerine yol açabilmektedir. İnternet'e erişim özgürlüğü adına da bu eksendeki bir yorum önem taşımaktadır. Zira, bilim ve sanat özgürlüğünün dar yorumlanması, İnternet sitelerine de ifade özgürlüğüne aykırı şekilde erişim yasağı konması sonucunu doğurabilir. İnternet'in de düşünceyi ifade etmenin bir tarzı olduğu gözetildiğinde, İnternet üzerinden edebi veya sanatsal nitelikte bir yapıtın paylaşılması durumunda, bu yapıtın içeriği müstehcen bulunarak içeriğe veya alan adına erişim yasağı konabilir. Çözüm, AİHM içtihadı ışığında hareket ederek, sanatsal ve edebi düşüncenin olabildiğinde geniş yorumlanmasıdır.

1.4. Erişim Yasakları ve Devletin Genel Kuramı İlişkisi

Toplumda ekonomik iktidarı elinde bulunduran sınıf, devlet mekanizmasında ağırlıktadır ve devlet gücü, ağırlıklı olarak bu egemen sınıftan yana kullanılmaktadır. Toplumdaki diğer sınıfların çıkarları da devlet içindeki egemen gücün çıkarları doğrultusunda temsil edilmektedir. Ayrıca devlet, birel anlamda kişilerin kısa vadeli kişisel çıkarlarını korumak yerine, bir sınıfın uzun vadeli çıkarlarını korumayı ve geliştirmeyi tarihsel ve zorunlu bir görev olarak yüklenmiş olduğu için, devletin bazı kararları sınıflar üstü niteliğe sahipmiş gibi yorumlanabilmektedir. (Tanilli, 2001, 13,14)

Buradan hareketle, devletin bireyler üzerindeki egemen gücünü ortaya koyan ve İnternet'in gelişimi ile evrimleşerek yepyeni anlama bürünen egemenlik kavramı üzerine durarak; egemenliğin günümüzdeki yepyeni anlamını irdelemek önem taşımaktadır.

Tanımı üzerinde oydaşma sağlanamayan ve kendisine değişik anlamlar verilen egemenlik, (Kapani, 1999, 54) geleneksel anlamıyla, "en yüksek buyurma gücü" olarak tanımlanabilir. (Farklı tanımlar için bkz Koçak, 2006, 71). Ne var ki Okandan'ın da belirttiği üzere, *"içte üstün ve sınırsız bir gücün ve dışda yine bu tarz bir güçle ilgili olarak sınırsız bir bağımsızlığın ifadesi olmak üzere kullanılan ve yalnız bu anlamda kullanılması gereken hâkimiyet kelimesinin, bu terimin geçirdiği gelişme seyri ve realiteler nazara alınacak olursa, hâlen Devletin üstün gücünü ifade için kullanılmasında isabet görülememektedir."* (Okandan, 1976, 474). Yine de belirtilmelidir ki tüm egemenlik tanımlarındaki ortak yön, egemenliğin devletin kişiliği ile ilgili, onun dışında ve ondan bağımsız olarak düşünülemeyen bir güç olarak kabul edilmiş olmasıdır. (Koçak, 2006, 72)

Temeli 1951'de Almanya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, Fransa ve İtalya tarafından oluşturulan Avrupa Kömür-Çelik Topluluğuna dayanan AB, (Yazıcı, 2012, 322) egemenliğin Bodin'den bugüne gelen geleneksel anlamının sorgulanmasına yol açmıştır. (Egemenlik kavramındaki özet gelişim için bkz Koçak 2006, 170-174) Gerçekten, geleneksel egemenlik kavramının temel öğeleri arasında gösterilen devletin mutlak üstünlük, aslilik, sınırsızlık,

bölünmezlik gibi nitelikleri günümüzde artık sorgulanır duruma gelmiştir. (Tanilli, 2001, 7-8; Kapani, 1999**,** 59) Artık AB ile ortaya çıkan mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı, yerini bilgilerin serbest dolaşımı ilkesine bırakmıştır.

Egemenlik yetkisinin nasıl kullanılacağı hukuk devletinin en temel sorunlarından biri olmaya devam etmektedir. Hatta öyle ki bireylerin devlet karşısında nasıl korunabileceği de günümüzde ciddi bir sorun olmaya devam etmektedir. (Akıncı, 1999, 3)

İnternet'in hızlı gelişimi sonucunda her yerden her türlü bilgiye ulaşılması, hızlı küreselleşme ile birlikte geleneksel egemenlik anlayışını sarsmış ve bireylerin bilgiye ulaşım sürecini kısalttığı gibi kitlelerin birbiriyle etkileşimini de çabuklaştırmıştır. [("*Günümüzde küreselleşme denildiğinde, uluslararası ilişkilerdeki çok yoğun ve hızlı biçimde yaşanmakta olan süreç kastedilmektedir."* (Hakyemez, 2004, 200; *"Küreselleşmenin evrensel bir tanımının bulunmadığı söylenmelidir."* (Koçak, 2006, 266) ; Küreselleşme olgusu hakkında geniş bilgi için bkz Sunay, 2007, 112-123; Akad/ Dinçkol/ Bulut, 2014, 171-195)]. Hatta günümüzde İnternet'in her telefonun içine dahi girmesiyle, kavram geleneksel anlamından sıyrılmış; bambaşka ve çağdaş boyutlar kazanmıştır. Durum böyle olunca, geleneksel egemenliğin yerini alan ve yeni bir egemenlik kavramı getiren AB egemenliği dahi "İnternet egemenliği" karşısında anlamını yitirmeye başlamıştır.

Hemen hemen herkesin elinde yer alan akıllı telefonlar sayesinde bilgiler, veriler, fotoğraflar anlık olarak paylaşılabilmekte, sosyal paylaşım ağları aracılığıyla da saniyeler içinde milyonlarca kişiye ulaşılabilmektedir.

Çalışmamızın giriş kısmında da kısaca belirttiğimiz gibi, kitlelerin dakikalar içerisinde İnternet üzerinden örgütlenmesi ve büyük gösteriler düzenleyerek, isteklerini yönetimlere kabul ettirmesi, hatta ülkelerindeki siyasi rejimi dahi değiştirebilmesi egemenliğin tanımını yeniden ortaya koymayı gerektirmiştir. Artık egemen güç "İnternet" olmuştur. Bu nedenle, İnternet egemenliğinin yadsınması da mümkün görünmemektedir. İnternet'in gücünü gören devletler, İnternet üzerinde yetke kurmaya çalışmakla, adeta akıntıya karşı kürek çekmektedirler. Zira İnternet, doğası gereği üzerinde egemen gücün

denetimini kabul etmeyen bir yapıya sahiptir. [("*İnterneti hukuksuz bir alan olarak tanımlamak doğru değildir.*" (Akdeniz, 2001, 115); "*İnternet hakkındaki en büyük yanılgılardan birisi, onun düzensiz ve hukuksuz olduğu yönündeki sanıdır. Bu algı İnternet kullanıcılarına, sörf yaparken, ahlaki değerlerini unutturabilmektedir.*" Wall**,** 2001/a, 169)]. İnternet ağacının bir dalı kesilse dahi, diğer dallar daha güçlü biçimde varlığını sürdürmekte, ayrıca kesilen dal çok daha gür biçimde yeşermektedir.

İnternet'in gücü karşısında egemen gücün durabilmesi ve bu gücü sürekli olarak kısıtlayabilmesi olanaksız görünmektedir. Egemen gücün İnternet erişimini kesmesi kısa vadede egemen güç bakımından "zafer" gibi görünse de aslında küreselleşen dünyada, uzun vadede bumerang etkisi gösterip sansürcü egemen gücün sonunu getiren bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Bu yönüyle de İnternet erişimini kesmek egemen güç bakımından aslında kendi sonunu getirmekle eşdeğerdir. Zira, teknik olarak İnternet'e konan erişim yasaklarının aşılması da mümkündür.

Küreselleşme olgusu, ulus devletin egemenliğini sarsan önemli faktörlerdendir. İnternet'in başlangıçta bu olguyu güçlendirdiği söylenebilirse de zaman içerisinde etkisini yitirmeye başladığı ve devletlerin İnternet üzerindeki etkilerinin gittikçe güçlendiği ifade edilebilir. (Akdenizli, 2011, 42). Ne var ki bu güçlenmenin devletlerin İnternet'i dilediklerince denetleyebilecekleri anlamına gelmediğini de vurgulamak gerekmektedir. (Söyler, 2013, 265)

İnternet üzerinden konferanslar düzenlenebildiği de düşünüldüğünde, yakın gelecekte devletlerin meclislerinin dahi İnternet üzerinden toplanabilmesi hayal olarak kabul edilmemelidir. Milletvekilleri, bulundukları yerden kanun teklifleri getirebilecek, meclisteki oylamalara katılabilecek, soru önergelerini İnternet üzerinden verebilecek; seçim bölgelerindeki sorunları, seçmenleri ile anlık iletişim yoluyla dinleyip bu sorunlara çözümler önerebilecektir. Böyle bir gelecek düşünüldüğünde, geleneksel egemenlik anlayışı ile özdeşleşmiş olan meclis binalarına da gelecekte gereksinim kalmayacağı söylenebilir. Zira, İnternet üzerinden "sanal" meclisler

kurulabilecek, hatta bu meclisler yirmi dört saat dahi çalışabilir durumda olabilecektir.

Şu durumda, sanal meclisler sanal ortamda yapılacak seçimlerle belirlenebilecektir. [(Türkiye'de bunun ilk adımının 2014 yılında kurulan "E-Parti" ile atıldığı söylenebilir. E-Parti, kurultayları ve üyelik başvuruları dahil her türlü etkinliğini İnternet üzerinden düzenlemektedir. http://www.hurriyet.com.tr/gundem/27650479.asp (26.11.2014)]. Öyleyse, belki çok yakın gelecekte seçimler için kamu binalarının kullanılması, seçim sandıklarının, oy pusulalarının varlığı "tarihte bir anı" olarak yerini alacaktır.

> [("*Yüksek Seçim Kurulu, "dijital oy kullanma" sistemi için harekete geçti. Sistemin pilot uygulaması, 2014'te cumhurbaşkanlığı seçiminde yapılacak. Pilot uygulamaya, yurtdışındaki gurbetçilerle başlanması planlanıyor. Seçimlerde mühür devri kapanacak, yeni sistemde seçmen, bilgisayar ekranında desteklediği partinin üzerine "tıklayarak" oyunu verecek.Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK), Havelsan'la birlikte üzerinde çalıştığı projeyle yeni seçim sistemi tamamen dijital olacak. Oy vermeye gelen seçmen listede adının karşısına yine imza atacak. Ancak bu kez sandık kurulundan oy pusulası almayacak. Bunun yerine kabinde dokunmatik bir bilgisayar ekranın karşısına geçecek ve desteklediği partinin üzerini"tıklayarak" oyunu vermiş olacak."* (http://www.aksam.com.tr/siyaset/muhur-devri-kapaniyor-dijital-oy-sistemi-geliyor/haber-236616) (Erişim Tarihi:20.06.2014)].

Öyle ki İnternet'e konan erişim yasakları nedeniyle bireylerin seçme ve seçilme haklarının ihlali dahi gündeme gelebilecektir.

Yakın gelecekte yargılamaların dahi tümüyle sanal ortamdan yürütülebilmesi mümkün olabilecektir. (Halihazırda CMK ve HMK'da tanık dinleme gibi bazı işlemlerin sanal ortamda yürütülebilmesi mümkündür). Bu da mahkeme salonlarına, mübaşirlere, devasa adliyelere ve hatta belki çok sayıda zabıt kâtibine ihtiyacı azaltacaktır. Egemenin önemli gücü olan yargı da sanallaşacak, İnternet'in gücüne ayak uydurmak durumunda kalacaktır.

Zaman içerisinde bireylerin toplantı ve gösterilerini İnternet'ten düzenlemesi gündeme geleceğinden (ki kitlelerin sosyal medya üzerinden

örgütlendiği görülmektedir) Anayasa'nın toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkını düzenleyen 34'üncü maddesinin ve 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Kanun'un da sanal ortamdaki toplantılara göre yenilenmesi gerekebilecektir. Zira, halihazırda 2911 Sayılı Kanun, fiziksel toplantı ve gösteri yürüyüşlerini düzenlemektedir. [(Hatırlatmak gerekir ki AK'nin İnternet hakkındaki çalışmaları arasında "*İnternet üzerinden sosyal medya toplantılarının (toplantı özgürlüğünün) İnternet servis sağlayıcıları aracılığı ile korunması ve tanınması"* da yer almaktadır. *"The protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated İnternet platforms and online service providers (2011)"* https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1883671 (Erişim Tarihi: 04.04.2015)]

Nitekim, 30 Aralık 2011 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası HAK-İŞ Konfederasyonu Önerisi sanal ortamda örgütlenme hakkını açıkça tanımaktadır. [(Türkiye Cumhuriyeti Anayasası HAK-İŞ Konfederasyonu Önerisi, (HAK-İŞ 2011) http://anayasaizleme.org/wp-content/uploads/2011/11/Hak-Is-Anayasa-Taslagi1.pdf (Erişim Tarihi:01.09.2014)]

Gerçekten önerinin 18'nci maddesinde "Örgütlenme Özgürlüğü" başlığı altında *"Herkes, önceden izin almaksızın dernek, vakıf ve sendika kurma ve bunlara üye olma ve üyelikten ayrılma özgürlüğüne sahiptir. Örgütlenme özgürlüğü sanal ortamdaki örgütlenmeleri de kapsar."* denerek, kişilerin sanal ortamda da örgütlenme haklarının olduğu ifade edilmiştir. Düzenlemenin, özellikle sosyal medya üzerinden örgütlenme hakkını tanıması bakımından yürürlükteki anayasadan farklılık taşıdığı söylenebilir. Bu bağlamda öneri, sanal ortamda örgütlenme hakkını anayasal düzleme taşımakla oldukça gelişkin bir aşamayı işaret etmektedir. Bundan ötürü, önerideki düzenlemenin bir benzerinin yürürlükteki Anayasa'nın 34'üncü maddesine ek fıkra olarak konmasında yarar olduğunu düşünüyoruz.

Avrupa Konseyi'nin İnternet hakkındaki çalışmaları arasında "*İnternet üzerinden sosyal medya toplantılarının (toplantı özgürlüğünün) İnternet servis sağlayıcıları aracılığı ile korunması ve tanınması"* da yer almaktadır. (*"The protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated internet platforms and online service*

providers (2011)" . Bu durumda, Avrupa Konseyi'nin de İnternet üzerinden sanal örgütlenme hakkını tanıdığı ifade edilebilir. [(https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1883671 (Erişim Tarihi:04.04.2015)]

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), İnternet üzerinden oy kullanmaya izin veriyor oluşu hatta şirket toplantılarının İnternet üzerinden yapılmasına olanak tanımasından ötürü Türk mevzuatının da İnternet'le gelişen yeni egemenlik anlayışına uyum sağladığını göstermesi açısından incelenmeye değer hükümler içermektedir.

Nitekim 6102 Sayılı TTK'nun 1527/1'nci maddesinde, *"Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede düzenlenmiş olması şartıyla, sermaye şirketlerinde yönetim kurulu ve müdürler kurulu tamamen elektronik ortamda yapılabileceği gibi, bazı üyelerin fiziken mevcut bulundukları bir toplantıya bir kısım üyelerin elektronik ortamda katılması yoluyla da icra edilebilir."* denerek sermaye şirketlerinde kurulların elektronik ortamda toplanmasına olanak tanımaktadır.

Aynı maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkrasında da *"(2) Kollektif, komandit, limited ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerde, şirket sözleşmesinde ve esas sözleşmede öngörülerek elektronik ortamda ortaklar kuruluna ve genel kurula katılma, öneride bulunma ve oy verme, fizikî katılımın, öneride bulunmanın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğurur. (3) Birinci ve ikinci fıkrada öngörülen hâllerde, elektronik ortamda oy kullanabilmek için, şirketin bu amaca özgülenmiş bir İnternet sitesine sahip olması, ortağın bu yolda istemde bulunması, elektronik ortam araçlarının etkin katılmaya elverişliliğinin bir teknik raporla ispatlanıp bu raporun tescil ve ilan edilmesi ve oy kullananların kimliklerinin saklanması şarttır. (4) Birinci ve ikinci fıkrada anılan şirketlerde esas sözleşme veya şirket sözleşmesi gereği şirket yönetimi, bu yolla oy kullanmanın bütün şartlarını gerçekleştirir ve ortağa gerekli bütün araçları sağlar."* denerek üyelerin sanal ortamda oy kullanabileceği ifade edilmiştir. [(Yasada buna benzer pek çok düzenleme bulunmaktadır. Neredeyse tüm işlemlerin İnternet üzerinden yapılabilmesi mümkündür. (Detaylı bilgi için bkz Özen ve Baştürk, 2011, 219 vd.)]

İnternet, getirdiği yeni egemenlik anlayışı ile adeta dünyada çığır açmıştır ve açmaya devam edecektir. Devletin egemenliği, geleneksel anlamını yitirmiş, yerini "İnternet egemenliği"ne bırakmıştır. İnternet'in getirdiği "sınır kabul etmez" dönüşümden egemen gücün de etkilenmesi kaçınılmaz görünmektedir. Nitekim 6102 Sayılı TTK'daki düzenlemeler bu eğilimin yansımasıdır. Ne var ki bu "sınır kabul etmez" dönüşüm ve teknolojideki baş döndürücü gelişmeler diğer taraftan toplumsal ilişkileri, bu bağlamda bireylerin temel hak ve özgürlüklerini de ciddi biçimde tehdit eden riskleri de beraberinde getirmektedir.

İletişim ve özellikle de bilişim alanındaki gelişmeler veri aktarımını hızlandırdığı gibi, bireylerin özel alanlarına girilmesi de kolaylaşmıştır. Bundan ötürü devletler, bilişim alanındaki ihlallerin önüne geçmek için yeni önlemler almakta ve bazı bağımsız idari otorite (BİO) niteliğindeki kurumları oluşturmaktadır. [(Bu kurumların örneklerine Almanya, İtalya, İngiltere, Avusturalya ve ABD'de rastlanmaktadır. Geniş bilgi için çalışmamızın II'nci Bölümünün 2.2. başlığına bakılabilir. Ayrıca bkz Akıncı, 1999, 151,152)]

Oluşturulan BİO niteliğindeki kurumlara rağmen geleneksel egemenlik anlayışı, devletin kitle iletişim araçlarının yarattığı sorunlarla baş etmesini de güçleştirmektedir. [(İtalya'daki AGCOM örneğinin, finansal ve zaman zaman siyasi etkide kalsa da siyasi bağımsızlık taşıması yönüyle BİO özelliklerini taşıdığı söylenebilir. (Righettini/Nesti/Padovani, 2013,110; Akıncı, 1999, 8)]. Devlet, kitle iletişim araçları ve özellikle de İnternet ile ortaya çıkan sorunların çözümü için egemenlik yetkisinin "güç kullanma" yetkesini İnternet'e erişim yasağı koymakla kullanarak, güç kullanma kavramını geleneksel anlamından farklı kılmıştır. Çalışmanın devamında, bu farklılığın ortaya çıkardığı sorunların eleştirel irdelemesine gidilmiştir.

Diğer bir tartışma konusu ise, İnternet üzerinde devletlerin egemenlik hakkının olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, bir devletin başka bir ülkedeki yayını kendi mahkemenin kararına dayanarak engelleyip engelleyemeyeceği önemli bir egemenlik sorunudur.

Bu konudaki en temel karar *"Licra and UELF v. Yahoo"* olarak adlandırılan karardır. (Geniş bilgi için bkz Söyler, 2013, 58-60. Ayrıca bkz

Kılınç, 2010, 422; Duh, 2002, 358-378). Karara konu olan olayda, iki Fransız vatandaşı, Yahoo'nun Fransa'daki sitesi üzerinden yaptığı yayınlarda Nazi propagandası yapan ürünleri sattığı gerekçesi ile Yahoo'ya karşı dava açmıştır. Dava, Yahoo'nun adı geçen ürünleri kaldırması yönündeki kararla sonuçlanmış, Fransız mahkemesi Yahoo'nun Fransa üzerinden ulaşılan web sitesi içeriklerini filtrelemesi gerektiğine ve 100.000 Fransız Frangı ödemesi gerektiğine hükmetmiştir. (Kohl, 2007, 99; Ayrıca bkz Almagor, 2015, 237). Bunun üzerine Yahoo, kararın ABD sınırlarında uygulanamayacağı gerekçesi ile ABD mahkemelerinde dava açmış ve davayı kazanmıştır. (Kohl, 2007, 202; Almagor, 2015, 241). Dava, İnternet yayınları üzerinde devletin egemenlik yetkisinin ne ölçüde kullanabileceğinin tartışıldığı ilk önemli vaka olması yönüyle önemlidir. [(Sonraki süreçte, yargı kararları sınırları aşan şekilde verilememiş, yalnızca ilgili devletin sınırlarında etkili olacak şekilde karara bağlanmıştır. 24 Şubat 2010'da down sendromlu bir çocuğun vahşice dövülme görüntülerinin Google'da yayınlanması üzerine, Milano'daki yerel mahkeme Google'ın üç yetkilisi hakkında İtalyan gizlilik yasalarını ihlal ettikleri gerekçesiyle gıyaplarında 6 aylık hapis cezası vermişse de kararın temyizi üzerine İtalyan Yüksek Mahkemesi kararı Google'a bu tür içerikleri önden filtreleme yükümlülüğü veren programın kullanılmasını zorunlu tutmanın hem teknik olarak mümkün olmadığı hem de bu şekildeki bir uygulamanın Google'ın çalışma ilkeleri ve varoluş amacıyla bağdaşmayacağı, ayrıca İtalyan mahkemelerinin kararlarının yalnızca İtalya sınırları açısından geçerli olacağı gerekçeleriyle bozmuştur. Sonradan benzeri kararlar Kanada, İspanya ve Fransa'da çıkmıştır. (Almagor, 2015, 252). Google ise bu tür görüntüleri silme ve sunucularında barındırmama yönünde bir politika geliştirmiştir. (Almagor, 2015, 221)]

II.BÖLÜM

ERİŞİM YASAKLARININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

2.1. 5651 Sayılı Kanun'daki Düzenlemelere Genel Bakış

Hukukumuzda İnternet'e erişim yasakları ile ilgili temel düzenleme, bu çalışmamızda kısaca "5651 Sayılı Kanun" olarak adlandırdığımız 5651 Sayılı *"İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun"*dur. Bu Kanun'un 8'inci maddesinde İnternet erişim yasakları düzenlenmiştir.

5651 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde, İnternet ortamındaki yayınların izlenmesinden bahsedilmekte; İnternet ortamı *"Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan İnternet üzerinde oluşturulan ortam"* şeklinde tanımlanmaktadır. (Madde 2/g). İnternet ortamında yapılan yayın ise *"İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler"* şeklinde tanımlanmaktadır. (Madde 2/ğ)

Şu halde, 5651 Sayılı Kanun'un konusu İnternettir. Bundan ötürü, İnternet ortamı dışındaki yayınların bu kanuna dayanılarak denetlenmesi, izlenmesi veya erişiminin engellenmesi mümkün görünmemektedir. (Öyleyse, İntranet, Fidonet veya Extranet gibi ortamlardaki yayınlar bu yasanın kapsamı dışında kalmaktadır. Benzeri görüş için bkz Söyler, 2013, 222)

Her ne kadar bir görüş, msn veya e-posta gibi araçlarla yapılan haberleşmenin 5651 Sayılı Kanun kapsamında İnternet ortamında yapılan haberleşme olarak kabul edilemeyeceğini, bundan ötürü 5651 Sayılı Kanun hükümlerine göre denetlenemeyeceğini veya bu nitelikteki uygulamalara erişim yasağı konamayacağını öne sürmekte ise de msn veya e-posta uygulamalarının kural olarak İnternet ortamı üzerinde çalıştığı düşünüldüğünde, bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. (Söyler, 2013, 222; aynı yöndeki görüş için bkz Akdeniz, 2010, 395)

Ne var ki adı geçen uygulamalar İntranet veya Fidonet gibi farklı bir ortam üzerinden çalışıyorsa yine de 5651 Sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalacaktır. (FIDONET "Bbs" (bulletin board systems) adı verilen ve günümüzdeki TCP/IP protokol sistemini andıran bir sistemle çalışmaktaydı. Zittrain, 2008, s.26, 27)

Hukukumuzda 5651 Sayılı Kanun'un dışında başka kanunlarla da İnternet erişim yasakları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler 2007 yılından sonra yürürlüğe girmiştir.

Bu kanunların bir kısmı erişim yasağı tedbirinin uygulanma yöntemi ve biçimi için 5651 Sayılı Kanun'a göndermede bulunurken, diğer bir kısmı ise 5651 Sayılı Kanun'daki yöntemden farklı şekilde erişim yasağı tebdirine karar verilebileceğini ifade etmektedir.

Öte yandan hukukumuzda, MK'nın kişiliğin korunmasına ilişkin 24 ve 25'inci maddeleri; 6098 Sayılı BK'nın 57'nci ve 6102 Sayılı TTK'nın 58'inci maddelerindeki haksız rekabete ilişkin kurallar ile 6100 Sayılı HMK'nın 389 vd. maddelerindeki ihtiyati tedbirlere dayanılarak erişim yasağı uygulandığı da görülmektedir. Ayrıca, erişim yasakları TİB tarafından idari kararla da uygulanabilmektedir.

Yukarıda da belirtdiği üzere, 5651 Sayılı Kanun, İnternet sitelerine erişim yasağı konurken uygulanacak temel kanundur. Durum böyle olunca, yukarıda sayılan ve erişim yasağı tedbiri barındıran diğer kanunlar dışındaki düzenlemelere (MK, HMK gibi) dayanılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konması kural olarak mümkün değildir. (Kaya, 2010, 87)

Öğretide bir görüş, erişim yasağı içeren diğer özel kanunlardaki düzenlemelere dayanılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konamayacağını, çünkü 5651 Sayılı Kanun'un adı geçen düzenlemelere nazaran hem daha yeni hem de özel kanun olduğunu savunurken; (Kaya, 2010,103; Özen ve Baştürk, 2011, 205) diğer bir görüş ise, içeriklere müdahaleye veya erişim engellemeye açıkça izin veren sınırlı sayıdaki ve özel nitelikte belirtilen düzenlemeler karşısında, iletişim özgürlüğünün kıyas yolu ile başka nedenlere dayanılarak sınırlandırılamayacağını savunmakta, ancak uygulamada siyasi, ideolojik, dini vb nedenlerle erişim yasağı tedbirine başvurulduğunu belirtmektedir. (Özen ve

Baştürk, 2011, 204)

Sonuç olarak, hukukumuzda 5651 Sayılı Kanun ve bu kanuna göndermede bulunan özel kanunlar dışında İnternet sitelerine herhangi bir nedenle erişim yasağı konamayacağı söylenebilir. (Benzeri görüşte olan Avcı, 5651 Sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra mahkemelerin yalnızca 5651 Sayılı Kanun'a ve FSEK ek madde 4 hükmüne dayanarak İnternete erişim yasağı koyabileceğini öne sürmektedir. (Avcı, 2013, 290)). Aksine bir uygulama, temel hak ve özgürlüklerin aşırı, orantısız ve keyfi biçimde kısıtlanması sonucunu doğurur ki böylesi bir yaklaşımın Anayasa'ya ve AİHS'ê aykırılık oluşturacağı söylenebilir.

Türkiye'de 5651 Sayılı Kanun öncesinde de İnternet sitelerinin kapatıldığı görülmüştür. Ne var ki 1993 yılında İnternet ağına dahil olan ülkemizde, 2001 yılına kadar, diğer devletlerin aksine İnternet'e önemli bir müdahale olmamıştır. (Kaya, 2010, 79) 5651 Sayılı Kanun öncesinde ülkemizde erişim engellemesi farklı kanunlara dayanılarak yapılmıştır. Türk Silalı Kuvvetleri'ne hakaret, çocuk pornosu, Türklük karşıtı veya terörist propaganda nedeniyle site kapatma bunlara bazı örnekler olarak verilebilir. Örneğin, korsan video ve müzik içeren 549 web sitesine 2007 yılı içerisinde erişim yasağı konmuştur. [(*"Tanımı belirsizlikler ve görecelilik taşıyan terör kavramının salt propagandası batılı hukuk sistemlerinde suç olarak kabul edilmemektedir. Propaganda eylemi, ancak suça teşvik, suç içeren eyleme kışkırtma ve davet etme durumunda kamusal yetkelere müdahale hakkı vereceği için, düşüncenin açıklanma şeklinin cezalandırılacağını söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle, propagandanın kendisi bir düşünce açıklama yöntemi olduğu için cezalandırılmamalıdır. Suç içerikli bir eylem ile nedensellik bağı kurulmadan propaganda cezalandırılıyorsa ifade özgürlüğünün de özü ortadan kaldırılmış olur."* (Avcı, 2013, 201). Özellikle 765 Sayılı TCK döneminde 301'inci maddeye dayanılarak *"ideapolitika.com, emekveadalet.com, ozgurpolitika.org, altinrehber.com, otuken.org"* gibi İnternet sitelerine erişim yasağı konmuştur. (Avcı, 2013, 290). Kaya, 2010, 79. Detaylı bilgi için bkz Akdeniz ve Altıparmak, 2008, 14)]

Türkiye'de 2005 yılı öncesinde site kapatması görülmemiştir. Bunun en temel nedeni ise o dönemde ADSL aboneliklerinin yaygınlaşmamış oluşudur. Türkiye'deki ilk İnternet sitesi kapatma süreci ise MÜYAP (Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği) başvuruları ile başlamıştır. Bundan sonra 2006 yılında Ekşisözlük kapatılmıştır. [(Bu dönemde kapatılan site sayısı, Türk Telekom'un istatistiki verilerine göre, 2005 yılı için 153'ken 2006 yılında bu oran 886'ya çıkmıştır. http://www.turk. İnternet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=20909 (Erişim Tarihi:19.04. 2012)]

5651 Sayılı Kanun öncesinde İnternet sitelerine "filtreleme" şeklinde konan ilk erişim yasağı kararları, 1412 Sayılı Mülga Ceza Muhakemesi Üsulü Kanunu'nun 155'inci maddesi uyarınca Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenmiştir. Cumhuriyet Savcılığı, sulh ceza mahkemesinden *"İnternet sitesinin kapatılması ve Türkiye'ye giriş ve çıkışına filtre konması"* yönünde karar alınmasını talep etmiş ve kararın bilişim şube müdürlükleri ile servis sağlayıcılar aracılığıyla uygulanması istemiştir. [(Kayral, 2008), s. 46)]

5651 Sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, İnternet siteleri üzerinde Türkiye'de tek ve merkezi bir denetim sağlanmaya başlanmıştır. (Kaya, 2010, 85)

23.05.2007 gün ve 26530 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5651 Sayılı Kanun ile Türk Hukuku'nda ilk kez İnternet'e erişim yasağı getirilmiş; İnternet öznelerinin (süjeler: erişim sağlayıcı, yer sağlayıcı, içerik sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcı) cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanun'da zaman içerisinde pek çok değişikliğe gidilerek TİB'in ve ESB'nin İnternet üzerindeki yetkileri de düzenlenmiştir.

Kanunla amaçlanan, kanunun genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere, *"aileyi, çocukları ve gençleri İnternet dahil elektronik iletişim araçlarının suiistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu veya uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü amaçlı yayınların içeriklerinden korumak"* tır. [(*"...Anayasanın "Ailenin korunması" başlıklı 41'inci maddesinde "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında*

eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar." hükmü, "Gençliğin korunması" başlıklı 58'inci maddesinde de "Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır." hükmü yer almaktadır. Hazırlanan bu Tasarı ile, Anayasanın söz konusu hükümleri uyarınca, aileyi, çocukları ve gençleri İnternet dahil elektronik iletişim araçlarının suiistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak için gerekli önleyici tedbirlerin alınması amaçlanmakta; elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıların önlenmesini teminen gereken yasal düzenlemenin yapılması sağlanmış olmaktadır....Bir başka ifade ile bu Tasarı; suçun ve suçlunun gelişen bilişim teknolojilerini bir truva atı gibi kullanarak, Anayasamızın, özel olarak korunmasını öngördüğü, başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik suçların kolayca işlenmesini önleyici özel bir kanun mahiyetindedir….Bilişim teknolojileri ve sunduğu hizmetler, nitelikleri gereği sadece ulusların milli düzenlerini değil, tüm uluslararası toplumu etkilemektedir. Bu nedenle, diğer ülkelerle ve uluslararası örgütlerle de bu alanda işbirliği ve koordinasyon yapılarak, bilişim ve İnternet teknolojilerinin ortaya çıkardığı bu yeni ortama uyum sağlanması gerekmektedir. Hazırlanmış olan bu Tasarı ile, yasa metninde belirtilen suçların İnternet yolu ile ve genel olarak elektronik ortamda işlenmesini önlemek amacı ile diğer ülke muadil kuruluşları ve uluslararası örgütlerle gerekli işbirliği ve koordinasyonu sağlama görevi de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilmektedir." (Genel Gerekçe: http://5651calistay.wordpress.com/5651-ve-ilgili-mevzuat/5651-sayili-kanun-

gerekcesi/ (Erişim Tarihi:17.06.2014). *"3 yıllık uygulama sonunda görülen o ki Yasa'nın amacı söylendiği gibi çocukları zararlı içerikten korumak değil; büyük ve siyaset ve ticaret alanı haline gelen İnterneti zapturapt altına almak."* (Akdeniz ve Altıparmak, 2010, 24)]

Kanun'un 2'nci maddesinde değişik kavramlar tanımlanmıştır. Bu maddede 26.2.2014 tarihinde 6527 Sayılı Kanun'un 15'inci maddesi ile değişikliğe gidilmiş ve maddenin "j" bendindeki "Trafik Bilgisi" tanımı değiştirilmiştir. Ayrıca maddede 6/2/2014 tarihinde 6518 sayılı Kanun'un 85'inci maddesi ile önemli değişikliklere gidilerek ESB, uyarı yöntemi, erişimin engellenmesi, içeriğin yayından çıkarılması gibi kavramlar tanımlanmıştır.

Kanun'un 3, 4, 5, 6 ve 7'nci maddelerinde internet öznelerinin sorumlulukları düzenlenmektedir. 6.2.2014 tarihinde 6518 Sayılı Kanun'un 87, 88, 89 ve 91'inci maddeleriyle yapılan değişikliklerle öznelerin sorumlulukları yeniden düzenlenmiştir.

5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında sınırlı sayıda sayılan 8 ayrı suç ve ayrıca 8'inci maddeye eklenen 14'üncü fıkrada sayılan suçlar hukukumuzda 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine dayanılarak verilen erişim yasağı kararlarının temelini oluşturmaktadır.

8'inci maddeye 26.2.2014 tarihinde 6527 Sayılı Kanun'un 17'nci maddesi ile 15 numaralı fıkra eklenerek Kanun'un 8, 9 ve 9/A maddelerindeki talepleri değerlendirmek üzere uzmanlık mahkemeleri kurulmuştur.

Ayrıca Kanun'un 8'inci maddesine 10.09.2014 tarihinde 6527 Sayılı Kanun'un 127'nci maddesiyle 16 numaralı fıkra eklenmiş ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenler gözetilerek yargıç kararı aranmaksızın, TİB Başkanı'nın emri ile İnternet sitelerine erişim yasağı konabileceğine ilişkin düzenlemeye gidilmiştir. 8'inci maddenin 16'ncı fıkrası AYM'nin 2.10.2014 tarihli, 2014/149 E., 2014/151 K. sayılı Kararı ile iptal edilmiştir.

İptal kararı üzerine 27/3/2015 tarihinde 6639 Sayılı Kanun'un 29'uncu maddesi ile, iptal edilen düzenlemenin yerine "Gecikmesinde sakınca bulunan

hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" başlıklı 8/A maddesi ihdas edilmiştir.

Kanun'un "içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" başlıklı 9'uncu maddesi 6/2/2014 tarihinde 6518 sayılı Kanun'un 93'üncü maddesi ile "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklik ile önceki düzenlemeden oldukça farklı içeriksel ve usuli kurallar ihdas edilmiştir.

5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesine, 6518 Sayılı Kanun'un 94'üncü maddesi ile "Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi"başlıklı 9/A maddesi de eklenmiştir. Böylece İnternet sitelerindeki içeriğin özel hayatın gizliliği gerekçesi ile yargıç kararına dahi gerek duyulmadan kaldırılması mümkün hale getirilmiştir.

Kanun'un 10'uncu maddesinde TİB'in İnternet üzerindeki yetkileri düzenlenmektedir. Bu maddede de 6518 Sayılı kanun'un 95'inci maddesi ile birtakım değişikliklere gidilmiştir.

Çalışmamızın bu kısmında, 5651 Sayılı Kanun'un yukarıda bahsi geçen düzenlemeleri, sırasıyla TİB'in yapılanması ve İnternet üzerindeki yetkileri ile ESB'nin yapılanması ve İnternet üzerindeki yetkileri (alt başlık 2.2); 8'inci maddenin 15'inci fıkrası ile kurulan uzmanlık mahkemelerinin yetkileri (alt başlık 2.3); İnternet öznelerinin erişim yasaklarına ilişkin sorumlulukları (alt başlık 2.4); Kanun'un 8, 8/A maddelerindeki düzenlemeler, özellikle cezaların yasallığı, belirliliği, şahsiliği ve orantılığı ilkeleri açısından değerlendirilmektedir (alt başlık 2.5). Ancak bu alt başlıkta, 8 ve 8/A maddeleri yasallık ve belirlilik ilkeleri açısından ayrıca değerlendirilmiş; şahsilik ve orantılılık ilkeleriyle müstehcenlik gerekçesiyle konan erişim yasakları önemine binaen ayrı alt başlıklar halinde incelenmiştir. Bundan sonraki alt başlıkta ise içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin 9 ve 9/A maddeleri değerlendirilmektedir. (alt başlık 2.6)

Çalışmanın 9 ve 9/A maddelerinin değerlendirildiği alt başlıkta (alt başlık 2.6), unutulma hakkı ile birlikte cevap ve düzeltme hakkının İnternet'ten, basından ve radyo televizyonlar üzerinden kullanılması da konuyla bağlantısı düşünülerek bu kısımda ele alınmaktadır. Ayrıca, erişim

engelleme yöntemleri de (IP, alan adı ve URL gibi) aynı alt başlık altında değerlendirilmektedir.

Bu bölümdeki değerlendirmelerde, karşılaştırmalı hukuk verileriyle yargı kararlarına da yer yer atıfta bulunulmaktadır

2.2. TİB'in ve ESB'nin Yapılanması ile İnternet Üzerindeki Yetkileri

2.2.1.TİB'in Yapılanması ve İnternet Üzerindeki Yetkileri

2.2.1.1. TİB'in Yapılanması

TİB, yapısı itibarıyla bir idari kurumdur. Nitekim TİB, 2813 Sayılı "Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun"un, 5.11.2008'de 5809 Sayılı Kanun'un 67'nci maddesi ile değiştirilen 5'inci maddesinin ilk fıkrası ile yeniden yapılandırılmıştır. Buna göre TİB, kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip olan BTK'ya bağlı olarak kurulmuştur. BTK, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu ile Başkanlık (TİB) teşkilatından oluşur. [(TİB'in yapılanma biçimi ve çalışma sistemi hakkında detaylı bilgi için bkz Avşar ve Öngören, 2010, 88 vd. Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde ve BTK ile eşgüdüm halinde çalışmak üzere, İnternetle ilgili alınacak olan kararlarda öneri mahiyetinde görüş sunmak için "İnternet Geliştirme Kurulu" kurulmuştur. (Söyler, 2013, 88). BTK'nın ve bünyesindeki TİB'in yapılanması hakkında geniş bilgi için bkz Bulduk, 2014, 127-142; Söyler, 2013, 88-92; Avşar/Öngören, 2010, 58 vd.]

Aynı kanunun ikinci fıkrasına göre BTK görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi BTK'ya emir ve talimat veremez. BTK'nın ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'dır.

Kanunun 5'inci fıkrasına göre Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, BTK'nın karar organıdır. Kurul, biri başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur. Kurul Başkanı BTK'nın da başkanıdır. Kurul başkanı aynı zamanda BTK'nın en üst idari amiridir. BTK'nın yönetim ve temsil yetkisi başkana aittir. Başkan gerektiğinde temsil yetkisini yazılı olarak devredebilir. Kurul

başkanının teklifi üzerine üyelerden birini ikinci başkan olarak seçer, ikinci başkan izin, hastalık, yurt içi-yurt dışı görevlendirme, görevden alınma ve görevde bulunmadığı diğer hallerde başkana vekalet eder.

Kanun'un 8'inci maddesindeki düzenlemeye göre, BTK başkanı ve üyeler, Bakanlar Kurulu tarafından beş yıllık süre için atanır. Görevi biten BTK başkanı ve üyelerin yeniden aynı göreve atanmaları mümkündür. BTK başkan ve üyeleri ancak görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememe ya da atanmaları için gerekli şartları kaybetmeleri halinde Bakanlar Kurulu kararıyla süresi dolmadan görevden alınabilir.

TİB benzeri kuruluşlara farklı ülkelerde de rastlanmaktadır. Örneğin ABD'deki Federal İletişim Komisyonu *(FCC:Federal Communications Commission)* İnternet üzerinde TİB gibi denetim ve gözetim yetkisine sahiptir. [http://www.fcc.gov/ (Erişim Tarihi: 16.07.2014)]

FCC, ABD Devlet Başkanı'nın Senato'nun onayını alarak atadığı beş üyeden oluşmaktadır. Üyelerin görev süresi, atama sırasında süresi dolmamış olanlar dışında, 5 yıldır. Ancak görev süresi 5 yılı tamamlamamış olanların yerine 5 yılı doldurmadan yeni atama yapılamaz. Üyelerin en fazla üçü aynı siyasi parti üyeleri arasından atanabilir. Üyeler, Komisyon üyeliği dışında gelir getirici herhangi bri işte çalışamazlar. Komisyon başkanı da ABD başkanı tarafından, atanan 5 üye arasından, 5 yıllık süre için belirlenir. [https://www.fcc.gov/leadership (Erişim Tarihi: 05.08.2015)] FCC, her ay (tercihen online olarak) bir kez toplanır ve kararlarını kendi İnternet sitesinde ilan eder. [https://www.fcc.gov/open-meetings (Erişim Tarihi: 05.08.2015)]

Avustralya'da ise yayın, İnternet, iletişim konularının denetimi ile düzenlenmesinden ACMA sorumludur. Kurum, yetkilerinin dayanağını 1992 Tarihli "Yayın Hizmetleri Kanunu"ndan *(Broadcasting Services Act)* almaktadır. [Kılınç, 2010, 418. ACMA'nın yapılanması için bkz http://archive.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=ACMA_ORG_OVIEW (Erişim tarihi: 16.07.2014). http://www.comlaw.gov.au/Details/C2014C00304 (Erişim Tarihi:17.07.2014)]

ACMA'nın yapılanması ve yetkileri 2005 Tarihli Avustralya İletişim ve Medya Yetkesi Yasası (Australian Communications and Media Authority

Act:2005) ile belirlenmiştir. Yasa'nın 2'nci Kısmının A Bölümü'nün 19 ile 49'uncu maddeleri teşkilatlanmayı düzenlemektedir. [https://www.comlaw.gov.au/Details/C2005A00044 (Erişim Tarihi: 05.08.2015)]

Buna göre ACMA, bir başkan, bir başkan yardımcısı en az 1 ve en fazla 7 üyeden oluşur. (madde 19).

Üyeler, genel valinin yazılı önerisi ile atanır. Başkan ve başkan yardımcısının tam zamanlı olarak Kurul'da çalışması gerekir. Kurul'un başkan ve başkan yardımcısı dışındaki bir üyesi yarı zamanlı, bir üyesi ise tam zamanlı olarak atanabilir. (madde 20)

Üyeler en çok 5 yıllık süre için atanabilir. Atanan bir üyenin tekrar 5 yıllık süre için atanabilmesi mümkün ise de bir üyenin görev süresi en çok 10 yılla sınırlıdır. (madde 21). Kurul, Başkan'ın talebiyle her zaman, bakan'ın talebi üzerine veya üyelerden en az üçünün istemiyle olağanüstü toplanır. (madde 36).

ACMA ile ilgili yasal düzenleme incelendiğinde, Kurul'un alt kurullar şeklinde çalışabildiği, ilkesel olarak bağımsız karar alabildiği ve siyasi emirlerle bağlı olmadığı, (madde 14) bağımsız bir sekreteryasının ve bütçesinin bulunduğu (madde 13), hizmet sağlayıcılar üzerinde bağlayıcı kararlar alarak bu kararları uygulayabildiği görülmektedir.

Halihazırda ACMA 6 üyeden oluşmaktadır ve üyelerin hepsinin medya konusunda deneyimli ve eğitimli olduğu anlaşılmaktadır. Üyeler he ne kadar genel valinin yazılı önerisiyle atanmakta ise de atanan üyelerin medya alanında deneyime ve eğitime sahip olması şartı aranır. Ayrıca üyeler, Avusturalya'daki değişik meslek örgütlerinin gösterdiği adaylar arasından genel vali tarafından önerilmektedir. Sözgelimi, halihazırdaki üyelerden biri Avusturalya Rekabet ve Tüketici Komisyon Başkanlığı tarafından önerilerek atanmıştır. [http://archive.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PC_1512 (Erişim Tarihi: 05.08.2015)]

İtalya'da "İtalya İletişim Düzenleme Yetkesi" adıyla anılan *(The Italian Communications Regulatory Authorty-AGCOM: 'Autorità per le Garanzienelle Comunicazioni')* oluşum TİB benzeri bir oluşumdur. AGCOM'un İnternet

üzerinde de denetim ve düzenleme yetkisi bulunmaktadır. (Righettini /Nesti/ Padovani, 2013, 100; Righettini /Nesti/ Padovani, 2013, 105)

AGCOM, Başkan, 2 Başkan yardımcısı ve yeteri kadar alt komisyon üyesinden oluşmaktadır. Başkan, İtalya Cumhurbaşkanı tarafından, Bakanlar Kurulu'nca, Maliye Bakanı'nın görüşü de alınarak atanır. Hükümetin ve muhalefetin gösterdiği dörder aday arasından, dördünü İtalya Meclisi salt çoğunlukla seçer, ancak atama İtalya Cumhurbaşkanı tarafından yapılır. Üyelerin seçiminde, daha önce medya sektöründe görev almış olmak ve mesleki liyakat aranır. Üyelerin görev süresi 7 yıldır ve kural olarak tekrar seçilemezler. Üyeler, başka herhangi bir medya organında çalışamazlar. Kurul, idari yönden özerktir ve bağımsız karar alabilir. (Righettini /Nesti/ Padovani, 2013, 110; Righettini /Nesti/ Padovani, 2013, 109)

Almanya'da, İnternet'in denetimi ile ailelerin ve çocukların İnternet'in zararlı etkilerinden korunmasını sağlamak amacıyla "Gençleri Medyada Yer Alan Zararlı İçerikten Koruma Birimi" *(BPJM: Federal Department for Media Harmful to Young Persons)* adlı hükümete bağlı çalışan bir birim kurulmuştur. [(Kuruluşun Almanca Adı *"Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend"* olup, kuruluş "BMFSFJ" kısaltmasını kullanmaktadır. Kuruluşun Almanca web sitesi http://www.bmfsfj.de/'dir. (Erişim Tarihi:17.07.2014). İngilizce sitesi ise http://www. bundespruefstelle. de/bpjm/Service/english.html (Erişim Tarihi: 06.08.2015). http://www.eumedus.com/index.php/media-literacy-network/ organizations?pid=1550&sid=2885:Federal-Department-for-Media-Harmful-to-Young-Person (Erişim Tarihi: 15.07.2014)]

Almanya'da erişim yasakları genellikle federe düzeyde uygulanmaktadır.[https://opennet.net/research/profiles/germany (Erişim Tarihi:16.07.2014)]. Bundan ötürü İnternet üzerinde İtalya, Avusturalya veya ABD örneklerinde olduğu gibi Federal düzeyde bir birim kurulmamıştır. Kurulan birim olan BPJM ise bir tür "izleme kurulu" olarak düşünülebilir. Bu nedenle, diğer örneklerde olduğu gibi Kurul'un bağımsız sekreteryasının, bütçesinin, idari yönetim ve denetim sisteminin olduğunu söylemek güçtür.

BPJM, Almanya'da çocukları, gençleri ve aileleri İnternet'in zararlarından korumakla yükümlüdür. (Almagor, 2015, 253). Zararlı içerikleri

izlemek ve bu içeriklerin yayından kaldırılmasını sağlamakla yükümlü olan Kurul 12 üyeden oluşmaktadır. Federal Bakan (Aile Bakanı) Başkandır. Diğer üyelerden üçü federe devletlerden; sekizi ise Almanya'daki değişik sivil toplum örgütlerinin temsilcilerinden (dernekler, dini kuruluşlar, eğitim kuruluşları gibi) oluşmaktadır. Kurul, bir içeriğin Nazizim propagandası, pornografi, ırkçılık, intihar içeriği gibi zararlı içerik taşıyıp taşımadığına ve bundan ötürü kara listeye alınıp alınmayacağına 2/3 üye tamsayısı çoğunluğu ile karar vermektedir. Bunun ardından, kamu kurum ve kuruluşlarının, kütüphanelerin ve okulların Alman arama motorlarından adı geçen zararlı içeriğe erişilmemesi için filtreleme uygulamasına gitmesi gerekmektedir. [http://www.bundespruefstelle.de/bpjm/Service/english.html (Erişim Tarihi: 06.08.2015)] Bu cümleden olarak, Almanya'da "yakılacak Türk evleri" listesini yayınlayan bir web sayfası, bir vatandaşın ihbarı üzerine, BPJM'nin kararı üzerine Alman İnternet servis sağlayıcıları örgütü tarafından oldukça hızlı biçimde kaldırılabilmiştir. (Akgül, 2008, 374)

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bir idari yapının bağımsız idari otorite olması için o idari yapıda bulunması gereken bağımsızlık, tarafsızlık, özerklik gibi özelliklerin Avusturalya'da ve İtalya'daki benzerlerinin aksine TİB'de tam anlamıyla bulunduğunu söylemek güçtür. [(Bağımsızlık hakkında geniş bilgi için bkz **US,** 2012, s.803-807; *"BİO organizması ağırlıklı olarak yütürme niteliğindeki işlevlere yönelik bir denetim, düzenleme, yaptırım uygulama göreviyle yüklü bir oluşumdur."* (Akıncı, 1999, 10). BİO'nun özellikleri hakkında detaylı ve geniş bilgi için bkz Akıncı, 1999, 99-117; Akıncı ve Taşkın, 2014, s.153-154)].Bundan ötürü TİB'in Avusturalya'daki ve İtalya'daki benzerleri gibi yapılandırılarak, siyasi etkiden arındırılması ve gerçek anlamda bağımsız, tarafsız ve özerk bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir.

2.2.1.2 TİB'in İnternet Üzerindeki Yetkileri

TİB, İnternet üzerinde pek çok yetkiye sahiptir. Bu yetkiler genel olarak 5651 Sayılı Kanun'un 8, 8/A, 9/A ve 10'uncu maddelerinde düzenlenmiştir. TİB, yetkilerine dayaranak İnternet sitelerine, bazı koşullar oluştuğunda

doğrudan doğruya idari bir kararlar erişim yasağı koyabilmektedir. TİB, ayrıca mahkemeler veya savcılılar tarafından alınan kararları uygulamakla da yükümlüdür.

TİB'in İnternet üzerindeki yetkileri, 8, 8/A, 9/A maddelerinin incelendiği başlıklarda, ilgili başlıklarla ilişkisi ölçüsünde irdelenmiştir. Bu kısımda ise TİB'in özellikle 5651 Sayılı Kanun'un 10'uncu maddesindeki yetkileri detaylı olarak incelenmiş ve eleştirilmiştir. Ancak, incelemeye geçilmeden önce, TİB'in kendiliğinden koyduğu erişim yasağı kararlarının hukuki niteliğine kısaca değinilmiştir.

TİB, kullandığı erişim yasağı koyma yetkisi ile temel haklardan biri olan düşünceyi açıklama (ve buna bağlı olan haber alma-verme) haklarını engellemektedir. TİB'in bu yetkisinin niteliği nedir? Bu yetki bir koruma tedbiri midir?

Çalışmamızın I'inci Bölümü'nün 1.2 başlığında geniş biçimde değerlendirdiğimiz üzere,eğer bu yetkiye bir koruma tedbiri denecek olursa, CMK gereğince koruma tedbirlerinde aranan "orantılılık, geçicilik, araç olma, yasa ile düzenlenmiş olma, gecikmede sakınca, hakim (gecikme sakıncasında savcı) kararı ile hükmedilme" özelliklerinin de TİB'in idari tedbir olarak verdiği erişim yasağı tedbiri açısından da geçerli olması gerekmektedir. Ayrıca, koruma tedbirleri, ileride verilebilecek olan hürriyeti bağlayıcı cezanın ya da delillerin yok olmasının önlenmesi için bir araçtır.

TİB'in bu yetkisinin koruma tedbirlerinin özellikleriyle örtüşmediğini düşünüyoruz. Zira, bir kısmı biraz aşağıda, bir kısmı ise çalışmamızın ilgili bölümlerinde de incelendiği üzere, TİB, herhangi bir mahkeme kararına gerek duymadan, yasaya dayanmadan, nesnel ölçütler gözetmeden İnternet sitelerine erişim yasağı koyabilmektedir.

5651 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde sayılan bazı suçlara TİB tarafından kendiliğinden idari tedbir mahiyetinde erişim yasağı konabilmektedir. Bu suçlar, ilk fıkranın a bendinde sınırlı sayıda belirtilen suçlardan çocukların cinsel istismarı (TCK 103/1), müstehcenlik (TCK 226) ve fuhuş (TCK 227) suçlarıdır. Belirtilmelidir ki tedbir kararı ile erişim yasağı

konabilecek suç sayısı 6518 Sayılı Kanun'un 92'nci maddesiyle eklenen fıkra ile genişletilmiş ve bu suçlara fuhuş suçu da eklenmiştir.

8'inci maddede sayılan suçlara ilişkin İnternet yayınlarının içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarına ilişkin yayınları içeren İnternet sitelerine TİB tarafından erişim yasağı konabilecektir.

Şu halde, içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında olması durumunda 8'inci maddede sayılan herhangi bir suçu içerdiği iddiasıyla TİB tarafından İnternet sitelerine doğrudan doğruya ve kendiliğinden erişim yasağı konabilecektir. Verilen bu karar TİB tarafından erişim sağlayıcılara bildirilecek ve erişim sağlayıcılar tarafından uygulanacaktır. Erişim sağlayıcıların kararı uygulamaması durumunda, 8'inci maddenin 11'inci fıkrasına göre TİB tarafından erişim sağlayıcısına, on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirası'na kadar idari para cezası verilir. İdari para cezasının verildiği andan itibaren yirmi dört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlık'ın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

Kaldı ki içerik sağlayıcısının yurt içinde olduğu durumlarda 8'inci maddede sayılan tüm suçlar bakımından TİB'ce konacak olan erişim yasağı kararının sonradan da olsa yargıç onayına tabi tutulmaması, idari makamın kararının yargı onayından geçmemesi yönüyle de hukuk güvenliğini zedelemektedir. (Benzeri yöndeki görüş için bkz Avcı, 2013, 318). Oysa 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında, gecikmede sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişim yasağı kararının yargıç onayına sunulacağı, yargıç tarafından 24 saat içinde onaylanmayan kararın ise hükümsüz kalacağı açıkça ifade edilmiştir. TİB tarafından kendiliğinden alınan kararın bu şekilde bir onaya tabi tutulmaması, erişim yasağı kararlarında "keyfiliğe" yol açabilecek, benzer içerikteki iki İnternet sitesinden biri hakkında kapatma kararı verilmezken diğer İnternet sitesi ise birtakım siyasi veya ideolojik kaygılarla "sakıncalı" olarak nitelendirilerek kapatılabilecektir. Düzenlemenin bu yönüyle cezaların eşitliği ve şahsiliği ilkelerine aykırılık oluşturduğu söylenebilir.

İdare hukukunda idarenin yetkisi ancak yasa ile açıkça yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır. Yasa ile açıkça yetkilendirilmediği bir konuda idarenin yaptırım uygulaması hukuken mümkün değildir. TİB'in İnternet sitelerine idari tedbir yoluyla erişim yasağı koyma yetkisinin bu yönüyle idari pratik oluşturduğu ifade edilebilir. [(İdarenin kanuniliği veya "kanuni idare" denen ve Anayasa'nın 123/1'inci maddesine dayanan bu ilke özünde Anayasa'nın 8'inci maddesi gereğince idarenin yasalara saygılı olmasını; Anayasa'nın 113/1'inci ve 123/1-32üncü maddeleri ışığında her idari kuruluşun dayanağını yasadan almasını; keza Anayasa'nın 6/son hükmü gereğince idarenin belli konularda eylemde bulunabilmesi için mutlaka yasa ile açıkça yetkilendirilmiş olmasını kapsayan temel bir ilkedir. (Geniş bilgi için bkz Günday, 2011, s.42-45). Ayrıca bkz Ayrıca bkz Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy 2011, 3-14. Gözler ise bu ilkeyi "idarenin kanuniliği" olarak tanımlarken, ilkenin idarenin tüm eylem ve işlemlerinde yasaya dayanması ile eylem ve işlemlerin yasaya aykırı olmamasını içerdiğini ifade etmektedir. Gözler, 2009/1, s. 136,137). İdarenin hukuka bağlılığı ilkesi için Ayrıca bkz Onar, 1960/1, s. 314-316; Bu ilkenin iki istisnası Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulunun aldığı OHAL kararına dayanan KHK'ler ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesidir. (Gözler, 2009/1, 137); Dülger, 2014, 810]

TİB'in erişim yasağı koyma yetkisi bakımından oluşan bu sakınca, kısmen de olsa İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 14'üncü maddesi ile giderilmiş ve TİB'in kararının 24 saat içinde yargıç onayına sunulması, yargıç onaylamazsa kararın hükümsüz kalacağı ifade edilmiştir. Ne var ki bu düzenleme yetersizdir. Çünkü hakim onayı sadece çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik suçları bakımından, onda da içerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması durumunda aranmaktadır. Diğer sebeplere dayanan erişim yasakları bakımından TİB kararının yargıç onayına sunulması gerekmemektedir. (Akıncı/Taşkın, 2014, 161)

TİB'in 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi gereğince içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa

bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararını re'sen (sonradan yargıç onayına dahi gerek olmaksızın) verebileceğine ilişkin 4'üncü fıkranın iptali istemiyle Danıştay 13'üncü Dairesi tarafından, (Ankara 15'inci İdare Mahkemesi'nin 17.11.2014 T., 2014/511 E., 2014/1504 K sayılı Twitter'a tümüyle erişim engeli koyan TİB'in 20.03.2014 T, 153140 Sayılı işlemi ile 5651 sayılı Kanun'un 8/1-a-5 hükmüne dayanak erişim engeli koyduğu kararın iptaline ilişkin davanın temyizen incelenmesi sırasında) 25.06.2015 tarihinde 2015/935 E sayılı kararla AYM'ye Anayasa'nın 22'nci maddesindeki "*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar."* hükmüne aykırılık gerekçesiyle başvurulmuştur.[http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/2015/20150817_danistaykarar.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2015)]

TİB'in idari bir makam oluşu kararlarının idari yargıda dava konusu edilmesine engel değildir. (TBB tarafından Ankara 15'inci İdare Mahkemesi'ne TİB'in 20.03.2014 T, 153140 Sayılı işleminin iptali talebiyle açılan dava buna bir örnektir.)

İfade edilmelidir ki idare mahkemeleri ceza muhakemesi kurumu olan koruma tedbiri kavramını yorumlamakta ceza mahkemeleri kadar yetkin olmayabileceği gibi, idari yargıdaki dosya yükü sonucunda yürütmenin durdurulması kararlarının geç verilmesi İnternet sitelerinin kapatılmasından ötürü mağdur olan kişilerin zararını da arttırabilecektir. [(Taşkın, 2008, 162. Adalet Bakanı Bekir Bozdağ'ın Danıştay Kanunu Tasarısı hakkında basına verdiği demeç, idari yargının iş yükünün boyutunu ortaya koymak bakımından çarpıcıdır. *"Danıştay'a 2010'da 295 bin 500, 2011'de 342 bin, 2012'de yaklaşık 248 bin temyiz dosyası geldiğini anlatan Bozdağ, Danıştay'ın yıllık iş yükünün karara bağlanan dosya sayısının iki katı olduğunu kaydetti. Bozdağ, Danıştay'daki dosya sayısının yıllar içinde giderek arttığına ve dosyaların karara bağlanma süresinin giderek uzadığına işaret ederek, Anayasa*

Mahkemesi'nin 2002'de idari yargıda açılan bir davanın halen karara bağlanamaması nedeniyle "makul olmayan gecikme" yönünde karar verdiğini anımsattı." http://www.memurlar.net/haber/439135/ (Erişim Tarihi: 25.04.2014)]

Nitekim AYM, Twitter hakkında TİB tarafından verilen erişim yasağı kararını kaldırdığı 2.4.2014 T., 2014/3986 Başvuru sayılı kararında:

> *"26. Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu idari uygulamaya ilişkin yukarıda belirtilen yürütmeyi durdurma kararına rağmen başvuruculaların ihlal iddiasına konu olan Twitter.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır. Bu durumda yargı kararının yerine getirilerek siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi karşısında ihlali ve olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak bakımından etkili ve erişilebilir nitelikte bir koruma sağladığının söylenemeyeceği ve böylece başvuruculaların idare mahkemesine başvurmalarının etkili bir yol olmadığı sonucuna ulaşılmıştır."* [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False) AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi:16.04.2014)]

diyerek, idari yargının yürütmenin durdurulması kararının gecikmesi veya karar zamanında verilmiş olmasına rağmen idare tarafından gereğince yahut zamanında uygulanmaması durumunda erişim yasakları bakımından etkili bir

hukuk yolu olmayabileceğine işaret etmiştir.

AYM'nin Youtube hakkında verdiği 29.5.2014 T., 2014/4705 Başvuru sayılı kararında da benzeri gerekçeyi şöyle kurmuştur:

> *""39. Ülkemizde yoğun ve etkili bir şekilde kullanılan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin, kullanıcıların demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun en kısa sürede denetlenmesi ve hukuka aykırılığın tespiti halinde ise sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Söz konusu erişimin engellenmesi kararına ilişkin yukarıda belirtilen mahkeme kararlarına (§37) rağmen başvuruculların ihlal iddiasına konu olan Youtube.com isimli siteye erişimin halen mümkün olmadığı görülmektedir. Sosyal medyada belli olay ve olgulara ilişkin olarak paylaşılan haber ve düşüncelerin zamanın geçmesiyle güncelliğini yitirip etki ve değerini kaybedebileceği açıktır.*
>
> *40. ..Başvuruculardan Youtube LCC tarafından idari yargıda yürütmeyi durdurma talepli olarak açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar verilmiş olmasına rağmen kararın gereğinin bugüne kadar yerine getirilmemesi ve siteye erişimin ne zaman sağlanacağı konusundaki belirsizliğin sürmesi sözkonusu başvuru yolunun etkili olmadığını göstermektedir."*
> [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False
> (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

Böylece AYM, Twitter ve Youtube kararlarında, erişim yasağına ilişkin idari kararlara karşı, idari yargıda yürütmenin durdurulmasına rağmen idarenin bu kararı uygulamamasının, idari başvuru yolunun etkinliğini azalttığına işaret etmektedir. Hızlı ve etkin denetim kurulması, İnternet'teki haberlerin güncelliğini çok çabuk yitirdiği için önem taşımaktadır. Bundan ötürü, erişim

yasağı kararının hukuka uygunluğu, erişim yasağının ne kadar süreyle uygulanacağına ilişkin idareden kaynaklanan belirsizlik de gözetilerek derhal değerlendirilmelidir. Aykırılık tespit edilir edilmez de yasağa ilişkin karar derhal kaldırılmalıdır.

Yakın bir geçmişte, İnternet sitesi sahibinin idari yargıya yavaş olduğu gerekçesi ile başvurmaktan kaçındığı bir örnek yaşanmıştır.

www.penispompasi.web.tr adlı cinsel ürünler pazarlayan İnternet sitesine sitedeki bir yapay penis görüntüsü nedeniyle TİB tarafından 20.07.2015 T ve 490.05.01.2015-192865 sayılı karar ile idari tedbir uyulanarak siteye erişim engellenmiştir.

Web sitesinin yetkilisi, idari yargının uzun bir süreç oluşunu, yürütmenin durdurulması kararının verilmesindeki olası gecikmeyi, itirazın adli tatilde yapılacağı gibi hususları da gözeterek idari yargıya başvurmaktan kaçınmış; "daha hızlı ve etkin bir hukuki yol" arayışına girmiştir. Karar, hakimlik tarafından verilmediğinden, karara karşı CMK hükümlerine göre itiraz olanağı da bulunmadığı için, web sitesinin sahibi, TİB'e "idari başvuru" yaparak sonuç alabilmiştir. Bunun için TİB'in İnternet sitesindeki gerekli formları doldurmuş ancak idari başvuruyu engelleme kararına neden olduğunu "düşündüğü" içeriği kaldırdıktan sonra yapmıştır. Zira, web sitesi sahibine hangi içerik nedeniyle erişim yasağı konduğu açıklanmamıştır.

Süreç yaklaşık 5 gün sürmüş, bu arada adı geçen İnternet sitesi başka bir İnternet sitesine yönlendirilmiştir. Ne var ki yönlendirmeye rağmen, İnternet sitesi bu sürede kapalı kaldığı için, site ciddi bir reklam gelirinden de yoksun kalmıştır.

Ankara 15'inci İdare Mahkemesi'nin Twitter hakkındaki 2014/511 E. Sayılı (birkaç paragraf yukarıda başka bir yönüyle değinilen) yürütmenin durdurulması kararı, idari yargının aslında hızlı çalıştığında etkili bir hukuk yolu olduğunu göstermesi bakımından önemlidir.

Twitter hakkında TİB'in 20.03.2014 T, 153140 Sayılı işlemi ile 5651 sayılı Kanun'un 8/1-a-5 hükmüne dayanak erişim engeli koyduğu karara karşı TBB Başkanlığı tarafından TİB ve BTK hasım gösterilerek yürütmeyi durdurma istemli olarak açılan davada, Ankara 15'inci İdare Mahkemesi

25/3/2014 tarihinde (davadan sadece 4 gün sonra) davalı idarelerin savunması ve ara karar cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar verilinceye kadar dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına oyçokluğuyla karar vermiştir. Mahkeme, ardından işlemi iptal etmiştir. [AYM'nin 02.04.2014 T., 2014-3986 başvuru sayılı kararı, paragraf 12'den alınmıştır. (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False). (Erişim Tarihi:11.04.2014)]

Ankara 15'inci İdare Mahkemesinin anılan kararının yürütmenin durdurulmasına ilişkin kısmı şöyledir:

> "*Dava konusu işlemin "Twitter.com" isimli İnternet sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin olması, bu durumun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte olması ve uygulanması halinde telafisi güç zarar doğurabilecek nitelikte bulunması nedeniyle, davalı idarenin savunması ve ara kararı cevabı alınıp ya da savunma ve ara kararına cevap verme süresi geçip yeni bir karar verilinceye kadar dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına... Savunma ve ara kararına cevap verilebilmesi için davalı idarelere (15) gün süre tanınmasına, 25/03/2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."* [AYM'nin 02.04.2014 T., 2014-3986 başvuru sayılı kararı, paragraf 13'ten alınmıştır. (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False). (Erişim Tarihi:11.04.2014)]

Ankara 15'inci İdare Mahkemesi, bu kararında bir İnternet sitesi hakkında tamamen erişim yasağı veren TİB kararının AİHM içtihatları ve anayasa ile uyumlu olmadığını ifade ederken, bu çıkarımın gerekçesini ifade etmemiştir. Ancak karardan anlaşıldığı kadarıyla, yerel mahkeme AİHM'in düşünceyi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin ölçütleri olan hakkın özü, demokratik toplumda gereklilik, meşru amaca hizmet etme ve orantılılık ilkerini benimsemiştir.

Kararda dikkat çeken başka bir konu ise yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararın "derhal" verilmiş olmasıdır. Mahkemenin bu kararı vermek için idarenin savunmasını beklememiş olması, erişim yasağına derhal müdahale etmiş olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Bu nedenle, AYM'nin Yotube ve Twitter kararlarında ifade ettiği, idari yargının etkin bir yol olmadığına ilişkin tespitini bu karar için söylemek güç görünmektedir. Zira bu kararda idare mahkemesi uygulamada hiç alışılmadık şekilde hareket ederek yürütmenin durdurulmasına derhal karar vermiştir.

Ayrıca yerel mahkeme, davalı idareye savunma ve ara kararına cevap vermek için İdari Yargılama Usul Kanunu'nda belirtilen 30 günlük süre yerine 15 günlük süre tanımıştır. Öyleyse, hem yürütmenin durdurulması kararının verilmesindeki hem de idarenin yanıt süresinin kısaltılması gözetilerek, yerel mahkemenin AYM tarafından geliştirilmiş olan İnternet erişim yasağına derhal müdale edilmesi gerektiği yönündeki ölçütünün de benimsendiği ifade edilebilir.

Diğer yandan İdarenin güdümünde olan ve idari nitelik taşıyan bir kurumun yargı makamları tarafından yorumlanması gereken hukuka aykırılık kavramını yorumlayarak, hangi İnternet sitelerinin hukuka aykırılık içerdiğine karar vermesinin Anayasa'nın 9'uncu maddesinde güvencelenen yargı yetkisi ve bu bağlamda güçler ayrılığı ilkesi ile bağdaşıklığı tartışmalıdır. (Taşkın, 2008, 161). Diğer yandan, idari bir merciin yargısal yetki kullanması "fonksiyon gaspı" olarak da yorumlanabilir. [Sıddık Sami Onar bu tür durumlarda "fonksiyon gaspı" olduğunu *"Devletin fonksiyonları muhtelif organları, uzuvları arasında taksim edilmiştir. İdare ancak kendi fonksiyonuna dair tasarruflar yapabilir. Başka bir organın fonksiyon sahasına giren bir husus hakkında ızhar edilecek bir irade de gene hukuki bir netice doğurmaz… Devletin bir uzvuna ait fonksiyonun diğer bir uzuv tarafından icrasına fonksiyon gaspı denir"* diyerek ifade etmektedir. (Onar, 1960/1, 203, 204) Gözler'e göre de böyle bir durumda *"fonksiyon gaspı"* söz konusudur. Örneğin bir idari makamın bir milletvekilinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına karar vermesi veya bir idari makamın yargının görev alanına giren bir konuda karar vermesi (örneğin kaymakamın boşanma kararı vermesi) fonksiyon

gaspıdır. Yaptırımı "yokluk"tur. (Gözler, 2009/1,1014). Buna karşın yetki gaspında ise ortada açıklanmış bir irade vadır. Ancak bu irade, idari hiyerarşiye tamamen yabancı birisi tarafından açıklanmıştır. Bundan ötürü ortada geçerli ve hukuken iptal edilebilir bir işlem yoktur. (Gözler, 2009/1, 1008)]

Nitekim AİHM 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nda (p.59), TİB'e 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile tanınan yetkilerin çok geniş olduğunda, yasanın bizatihi varlığının, TİB'in temel hak ve özgürlüklere hukuka aykırı şekilde yaptığı müdahaleleri önlemek için yeterli olmadığına; TİB'in yetkilerinin ve takdir hakkının yasa ile yeterli açıklıkta ortaya konmamamış oluşunun, İnternet üzerinden düşünceyi ifade özgürlüğüne hukuka aykırı müdahale olduğuna ve bu durumun Sözleşme ile korunan hukukun üstünlüğü ilkesine de aykırılık oluşturduğuna şu gerekçe ile hükmetmiştir:

> *"59. AİHM'in yerleşik içtihadına göre, bu koşullara uymak için, Sözleşme ile güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından keyfi biçimde zarar verilmesi halinde iç hukukta süphesiz bir koruma imkânı sunulmalıdır. Temel haklara zarar veren fiiller söz konusu olduğunda, şayet bu duruma ilişkin takdir yetkisi kullanmakta idare organları açısından bir sınır belirlenmemişse, kanun, Sözleşme ile korunan, demokratik toplumun temel ilkelerinden birini oluşturan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı düşmektedir. Dolayısıyla, kanunda böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli açıklıkla tanımlanması gerekmektedir (bkz, diğer birçok karar arasında, anılan Sunday Times, § 49 ve Maestri v. İtalya [BD], no 39748/98, § 30, AİHM 2004-I)."* [http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf (Erişim Tarihi:01.08.2014)]

AYM de AİHM'in Yıldırım Kararı'ndaki gerekçesine benzer şekilde, Twitter hakkında TİB tarafından verilen erişim yasağı kararını kaldırdığı 2.4.2014 T., 2014/3986 Başvuru sayılı kararında da TİB'in bu yöndeki yetkisini açıkça bu terimle ifade etmemişse de yasaya dayanmıyor oluşu ve mahkeme kararının sınırlarını aşar nitelikte bulunuyor oluşu ile birlikte yorumlayarak de "fonsiyon gaspı" anlamına gelecek şekilde yorumlamıştır:

"(48).5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan Twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.". [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/ Content/ 472bb f6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False) AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi:16.04.2014)]

AİHM'in ve AYM'nin bu gerekçesi karşısında idari tedbir yoluyla İnternet sitelerine erişim yasağı konmasının hukuk devletindeki güçler ayrılığı ilkesiyle bağdaşık olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. (Taşkın, 2008, 161)

Kanaatimizce, biraz aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirdiğimiz 5651 Sayılı Kanun'un 10/4'üncü maddesi ile TİB'e İnternet sitelerine erişim yasağı koyma yetkisinin tanınmış olması, idarenin "yasallık" ilkesine uyarak işlem yaptığını ortaya koymamaktadır. Ortada bir yasa olduğu doğrudur. TİB'in bu yasaya dayanarak yetkilerini kullandığı da doğrudur. Ne var ki bu yasa başta Anayasa olmak üzere, Türkiye'nin tarafı olduğu diğer bazı uluslararası sözleşme hükümlerine değişik yönleri ile aykırılıklar taşımaktadır. "Şeklen" yasal idare ilkesine uyulmuş olması, TİB'in yetkilerinin meşruiyetini ortaya koymamaktadır. (Akıncı/Taşkın, 2014, 161). Her ne kadar AİHM'in Ahmet Yıldırım ile AYM'nin Twitter Kararları'nın yukarıda bir kısmı aktarılan paragraflarında konu 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi açısından değerlendirilmişse de *(asıl değerlendirme için aşağıda II'nci Bölüm E-1'deki açıklamalara bakılabilir)* TİB'in yetkilerini ortaya koyan 5651 Sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi açısından da aynı gerekçelerin geçerli olduğu söylenebilir. TİB'in yasadaki yetkilerinin sınırının açıkça ifade edilmemiş oluşu, 5651 Sayılı Kanun'un da meşruiyetini gündeme getirmektedir.

Yönetsel yetkelerin İnternet özgürlüğüne olabildiğince az müdahale etmesi gerektiği, yönetsel yetkinin yargı yetkisinin yerini alacak şekilde kullanılmasının hukuka aykırı olduğunun AİHM tarafından benimsendiği söylenebilir. AYM'nin İnternet erişimine ilişkin yukarıda incelenen içtihatlarındaki ölçütlerin bu yönüyle de AİHM içtihadı ile örtüştüğünü ifade etmek mümkündür.

Ahmet Yıldırım Kararı'nın 63 numaralı paragrafında da TİB'e verilen yetkinin oldukça geniş olduğu, TİB'in tamamen kendi insiyatifi ile erişim yasağının kapsamını genişletebilmesinin olanaklı olmasının ve herhangi bir yargı denetimine tabi tutulmaksızın idari bir makam tarafından İnternet sitelerine erişim yasağı konmasının AİHS'e aykırı olduğuna hükmedilmiştir:

> *"63. AİHM, aynı zamanda 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 3. ve 4. Paragrafları uyarınca, belirli bir site için başlangıçta kabul edilen kararın icrası çerçevesinde idari makam, TİB'in geniş bir yetki kullanmasına izin verildiğini gözlemlemektedir. Somut olaya ilişkin olay ve olgular; TİB'in, siteye veya ilgili web alanına ilişkin herhangi bir soruşturma yürütülmeksizin ve özellikle tümden erişimi engelleme gerekliliği haklı gösterilmeksizin, siteye erişimin engellenmesi yönündeki tedbir kararının genişletilmesi talebinde bulunabileceğini göstermektedir."*

Öte yandan, özellikle içeriği ve kapsamı belirsiz olan "müstehcenlik" suçu gerekçesiyle (sözgelimi, cinsel ürünler satan bir İnternet sitesine: yukarıda örneklenen www. penispompasi.web.tr gibi) idari tedbir kararı ile erişim yasağı konması durumunda bahsi geçen sakınca daha da belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Konunun diğer bir boyutu ise TİB gibi siyasi bir oluşumun özellikle de müstehcenlik gibi kapsamı ve sınırları çok tartışmalı olan bir kavramı nasıl yorumlayacağıdır. (Dülger, 2014, 844; Özbek, 2009, 43; Taşkın, 2008, 124; Avcı, 2013, 320, 326). Mahkemelerin dahi müstehcenlik kavramını yorumlamada zaman zaman çelişkiye düştüğü, konuyu aydınlatmak için bilirkişiden yararlanma gereği duyabildiği düşünüldüğünde, hukuk eğitimi alma şartı olmayan (ve çoğu kez de bu yönde bir eğitimi bulunmayan) bir idari kurumun böylesine tartışmalı bir konuda nasıl bir yoruma başvurabileceğini

düşünmek gerekir. (Avcı, 2013, 323). Bu durumda, müstehcenlik kavramının, ülkeye egemen olan siyasi görüş ışığında yorumlanarak İnternet sitelerine TİB aracılığı ile erişim yasağı koydurtmak da mümkün görünmektedir.

Diğer olası bir sakınca da aynı İnternet sitesi için hem mahkeme hem de TİB tarafından konan bir erişim yasağına (ki bu kuramsal olarak mümkündür) yapılan itiraz üzerine, mahkemenin erişim yasağını kaldırması; TİB'in kaldırmaması durumunda sorunun nasıl çözüleceğidir. TİB'in kararına karşı yürütmenin durdurulması istemiyle idari yargıya gidildiğini, idari yargının bu talebi de reddettiğini ve sonra davayı esastan reddettiğini düşünecek olursak ortada birbiriyle çelişen iki ayrı mahkeme kararı olduğundan bahsedilebilecektir. (Akıncı ve Taşkın, 2014, 163. Aynı sakınca farklı boyutuyla 8/A ve 9'uncu maddeler açısından da geçerli olabilir.)

Tartışmanın başka bir boyuttan ele alınması durumunda, düzenlemenin ortaya çıkabilecek bir diğer sakıncası ise, içerik sağlayıcısı yurt içinde olan sözgelimi cinsel sağlık ürünleri satan bir İnternet sitesine müstehcenlik gerekçesiyle TİB tarafından erişim yasağı konması fakat aynı İnternet sitesinin kapatılması için Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılan başvurunun mahkeme tarafından reddolunması durumunda ortaya çıkacak olan çelişkinin nasıl giderileceğidir. Bu iki durumda ne yapılacaktır?

Böyle bir durumda çözümün hak ve özgürlükler lehine yorum yapılarak ceza mahkemesinin kararına üstünlük tanımaktan geçtiğini düşünmekteyiz. Aksi halde, ceza mahkemesi tarafından kaldırılan veya gereksiz görülen bir koruma tedbiri idare mahkemesi tarafından devam ettirilmiş olacaktır. Oysa koruma tedbiri, kurum olarak ceza muhakemesine yakındır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmaması adına ceza mahkemesinin kararına üstünlük tanımak daha doğru olacaktır. (Akıncı ve Taşkın, 2014, 162)

Şu halde, tüm bu sakıncaların önüne geçilmesi adına, yapılması gereken 5651 Sayılı Kanun'un tekrar düzenlenmesi ve TİB'den bu yetkinin alınarak, TİB'e yalnızca savcılığa ihbar yetkisi tanınmasıdır. (Taşkın, 2008, 162). Eğer yetki TİB'de bırakılacaksa, TİB'in yetkisinin de 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında Cumhuriyet savcısına verilen gecikmede sakınca bulunma hali ile sınırlandırılarak, alınan bu kararın 24 saat içinde yargıç denetimine tabi

tutulması gerekir. Mevcut uygulamanın sakıncaları bu şekilde biraz olsun giderilebilir.

TİB zaten mahkemeye ve yargıca verilmiş olan bir yetkiyi kullanmaktadır. Gecikmede sakınca olması durumunda bu yetkiyi kullanma hakkı savcıya verilmiş ve hakim onayı şartına bağlanmıştır. Bu nedenle TİB'e böylesine geniş, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini bu derece etkileyen bir konuda hakim onayı şartı aranmadan, üstelik de mahkemeler tarafından kullanılan bir yetkinin tanınması AİHS'in 10'uncu maddesi ile güvencelenen ölçütlere aykırılık taşıdığı gibi, hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin Anayasa'nın 2'inci maddesindeki hukuk devleti ile 14'üncü maddesindeki "insan haklarına dayalı" devlet anlayışı ile de bağdaştığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Olası hak mağduriyetlerinin ve ihlallerin önlenmesi için 5651 Sayılı Kanun'un ve TİB'in yapılanmasının buna göre yeniden düzenlenmesi gerçek anlamda bir hukuk devleti olmak için gereklidir. (Akıncı ve Taşkın, 2014, 163)

Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmi dört saat içinde yerine getirilir. Ayrıca Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

5'inci ve 6'ncı fıkradaki bu düzenlemelere bakıldığında, TİB'in vereceği erişimin engellenmesi kararının derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren en geç 24 saat içinde erişim sağlayıcılar tarafından uygulanacağı belirtilmektedir.

Düzenlemedeki, TİB tarafından verilen erişimin engellenmesi kararına konu olan yayının kimler tarafından yapıldığı tespit edildiğinde TİB tarafından ilgili Cumhuriyet savcılığına bildirimde bulunulacak olması da eleştirilebilir. Zira, Cumhuriyet savcılığı, zaten kendisine yapılan ihbar üzerine adı geçen web sitesinin kapatılması da dahil olmak üzere gereken her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Şu halde, yargısal yetkileri kullanma yetkisine sahip olan savcılığın yetkileri, baştan itibaren TİB tarafından kullanılmaktadır. Bu yönüyle maddenin 6'ncı fıkrasının Anayasa'nın 9'uncu maddesine aykırılık

oluşturduğu söylenebilir. [(Nitekim benzeri kaygılar Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak tarafından hazırlanan 5651 Sayılı Kanun'un Değişiklik Tasarısı ile ilgili 4 Şubt 2014 tarihli basın açıklamasında da belirtilmiştir. Akdeniz ve Altıparmak, 2014, *"5651 Sayılı Kanunun Değişiklik Tasarısı ile İlgili Rapor"*, (4 Şubat 2014 tarihli Basın Açıklaması) http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1519 (Erişim Tarihi: 19.09.2015)]

Doğabilecek diğer bir sakınca ise, yayının kimler tarafından yapıldığının tespit edilememesi durumunda ne olacağıdır? Yayının kimler tarafından yapıldığı tespit edilemezse de erişim yasağı kararının süresiz olarak uygulanması riski ortaya çıkabilecektir. (Uzun, 2015, s.239)

Öte yandan, TİB'in verdiği kararın ne kadar süreyle uygulanacağı, kararın ne zaman kaldırılacağı, karara karşı nereye itiraz edileceği 5651 Sayılı Kanun'da veya yönetmelikte düzenlenmiş değildir. Şu halde, kuramsal olarak TİB, bir İnternet sitesine erişim yasağı koyacak ve bu karar süresiz olarak uygulanabilecektir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, TİB'in kararına karşı idari yargı yoluna gitmek mümkünse de bu yolun uzun ve masraflı bir yol oluşu, yürütmenin durdurulması kararlarının alınmasındaki gecikme ile güçlükler, İnternet sitesi kapatılan bireylerin mağduriyetlerinin artması anlamına gelebilecektir. Tüm bu yönler gözetildiğinde, TİB Başkanı'na verilen idari tedbir yolu işe erişim yasağı koyma yetkisinin hukuk devleti kuralları ile bağdaşmaz nitelikte olduğu söylenebilecektir.

Her ne kadar televizyon yayınlarının durdurulmasıyla ilgili olsa da Danıştay İDDGK'nun, 01.04.2013 T., 2009/1637 E., 2013/1160 K. sayılı kararıTİB'in erişim yasağına ilişkin idari tedbirlerinin süresiz uygulanması tehlikesine benzer bir tespitte bulunduğu için konumuz açısından önemlidir. [Danıştay İDDGK'nun 01.04.2013 T., 2009/1637 E., 2013/1160 K. sayılı kararı http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (Erişim Tarihi:27.02.2014)]

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25'inci maddesi gereğince yayınların durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan 23/10/2007 günlü B.02.0.001/116 sayılı kararın iptali istemiyle açılan davada, televizyon yayınlarının Başbakanın talimatı ile durdurulmasına ilişkin idari işlemin

iptaline ilişkin istemi değerlendirirken kurduğu gerekçede Danıştay, idari işlemin uygulanmasının süreye bağlanmamış olmasını, ölçüsüz bularak şu gerekçe ile iptal sebebi saymıştır:

> *"Öte yandan; temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, dava konusu 23/10/2007 günlü, 116 sayılı kararın, getirilen yayın yasağına ilişkin belirli bir süreyi de içermediği, dolayısıyla söz konusu yasağın süresiz olduğu anlaşılmıştır.*
>
> *Oysa, uygulanan yasağın yayın öncesi sansür niteliğinde olduğu göz önünde bulundurularak söz konusu yayın yasağının uygulanacağı sürenin kararda belli edilmesi zorunludur. Aksi takdirde, sınırsız bir süre ile yayın yasağının uygulanması gibi hukuka uygun olmayan bir durumun ortaya çıkacağı, diğer koşullar yönünden hukuka uygunluk sağlansa dahi yayın yasağının uygulanacağı sürenin kararda belirtilmemiş olmasının tek başına iptal sebebi oluşturacağı kuşkusuzdur."*

Erişim yasağında ilişkin kararların süresiz olarak uyulanması sakıncasının mahkeme veya yargıç tarafından verilen erişim yasağı kararları açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü, mahkeme veya yargıç tarafından verilen erişim yasağı kararlarının da ne kadar süre için geçerli olacağı yasada belirtilmiş değildir. Yasada, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verildiğinde tedbirin kendiliğinden kalkacağı açıkça ifade edilmiştir. Unutulmamalıdır ki ceza muhakemesinde hak ve özgürlükleri genişletici mahiyette kıyasa başvurmak mümkündür. (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, 2013, 43, 44). Bu nedenle, CMK 135'te düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin 3 ay süre ile uygulanacağı ve ancak bir kereye özgü olarak yargıç kararı ile 3 ay daha uzatılabileceği yönündeki kuralın kıyasen erişim yasağı süreleri bakımından da uygulanabilmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

Ancak hakimlik kararıyla verilen erişim yasağı açısından, süresiz uygulama tehlikesi 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasına 6518 Sayılı Kanun'la eklenen son cümle ile biraz olsun giderilmiştir. Adı geçen düzenleme gereğince, mahkeme tarafından amacı gerçekleştirecek

nitelikte görülürse erişim yasağı, belli süre ile sınırlı olarak da verilebilecektir. Buna karşın TİB'in kararı, İnternet sitesinin sahibi hakkında beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde de geçerli olabilecektir. Konuya bu açıdan bakıldığında, TİB'in idari tedbir mahiyetindeki kararının süreklilik kazanma tehlikesi içerdiğini belirtmek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Ayrıca TİB'in koyduğu erişim yasağını mahkemeden verilen beraat veya savcılıktan verilen kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki karara rağmen devam etmesi Anayasa'nın 138/son maddesine de aykırılık oluşturabilecektir. Zira Anayasa'nın 138/son hükmü idarelere, yasama organları ve yürütme organlarına mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü yüklemektedir. TİB de bir idari organ olduğuna göre mahkemenin bu yöndeki kararına uymakla yükümlüdür. Uymazsa TCK'nın 257'nci maddesi gereğince kararı uygulamayan sorumlulular hakkında yasa yolları açık olduğu gibi, TİB'in bu hareketinden ötürü bireyler adli yargıda tazminat davası açarak Anayasa'nın 40/son hükmüne göre haklarını arayabilirler.

8'inci maddeye 5/11/2008 tarihinde 5809 Sayılı Kanun'un 67'nci maddesiyle eklenen 13'üncü fıkra ile işlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen yargıç ve mahkeme kararlarına 5271 Sayılı CMK hükümlerine göre TİB tarafından itiraz edilebileceği ifade edilmiştir. Ancak burada TİB'in itiraz hakkının yalnızca işlemlerin yürütülmesine ilişkin Başkanlık'a gönderilen kararlarla sınırlı olduğunu ifade etmek gerekir. Bu nedenle itirazın kararın uygulanmasındaki şekli sorunlara ilişkin olabileceğini, esasa ilişkin bir itirazın öne sürülmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira, esasa ilişkin (koruma tedbiri olarak hükmedilen karara karşı) itiraz için 8/2'nci maddenin son cümlesi hükmü uygulanmalıdır.

5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 12/7/2013 tarihinde 6495 Sayılı Kanun'un 47'inci maddesi ile eklenen 14'üncü fıkra ile, 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşların, kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak

erişimin engellenmesi kararı alabilecekleri belirtilmiştir. Buna göre, verilen erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere TİB'e gönderilir.

TİB'e ve 5651 Sayılı Kanun'un 8/14'üncü maddesinde belirtilen diğer kurumlara erişim yasağı koyabilme yetkisi verilmesinin, kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki oluşu nedeniyle Anayasa'nın 6'ncı maddesine de aykırılık oluşturduğu söylenebilir. Zira Anayasa'nın 6/2'nci maddesinin son cümlesine göre *"Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."*

Ne var ki tüm bu eleştirilere rağmen 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 10.09.2014 tarih ve 6552 Sayılı Kanun ile 16 numaralı fıkra eklenmiştir. Eklenen fıkrada TİB Başkanı'na mahkeme kararı almadan, belli koşulların oluşması durumunda doğrudan doğruya İnternet sitelerine erişim yasağı koyma yetkisi verilmiştir. AYM, 6552 Sayılı Kanun'un 127'nci maddesi ile 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine eklenen 16 numaralı fıkrayı 02.10.2014 günü iptal etmiştir. Ardından da iptal kararına rağmen 5651 Sayılı Kanun'a 8/A maddesi eklenmiştir. Böylece, TİB'in İnternet üzerindeki yetkilerinin de korunması amaçlanmaktadır. Anlaşılan odur ki devlet, bu düzenlemelerele TİB aracılığı ile İnternet alanını denetiminde tutmak istemektedir.

5651 Sayılı Kanun'un 10/b ve c maddeleri de TİB'in İnternet üzerindeki yetkilerinin anlaşılması açısından incelenmelidir. Adı geçen maddenin b bendine göre TİB *"İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, bu Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik ola rak bu Kanunda öngörülen gerekli tedbirleri almak"*la da görevlendirilmiştir. Keza c bendine göre TİB'in *"İnternet ortamında yapılan yayınların içerikleri nin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlemek."* gibi bir görevi de vardır.

Bundan çıkan anlam, TİB'in 5651 Sayılı Kanun'da belirtilen nedenlerin dışındaki herhangi bir nedene dayanarak, bir İnternet sitesindeki içeriğin suç oluşturduğunu takdir etmesi durumunda 5651 Sayılı Kanun kapsamında erişim yasağı koyabileceğidir. TİB bunu yaparken herhangi bir yargıç kararına gereksinim de duymayacaktır.

Neyin suç olduğunun tespit ve takdiri ancak ve ancak yargıçlara ait olup TİB'e suçun tespiti yetkisinin tanınması TİB'in yargısal yetkileri kullanması anlamına gelmektedir. Bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu düşünülebilir. (Geniş bilgi için bkz Avcı, 2013, 331). Ayrıca, içeriklerin izlenmesinin bireylerin İnternet özgürlüğüne müdahale anlamına geldiği de ifade edilebilir.

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik'in 15/c maddesinde de *"tedbirin hangi suç için istendiği, bu suça ilişkin yeterli şüphe sebeplerinin neler olduğu"*nun erişim yasağı kararında belirtileceği ifade edilmişse de uygulamada kapatılan web sitelerinin hangi gerekçe ile kapatıldığı ifade edilmemekte, web sitesi kapatılan kişiye kararın öncesinde veya sonrasında tebligat gönderilmemekte ve bu nedenle savunma hakkı ile hak arama hürriyeti de ihlal edilmektedir. (Benzeri görüş için bkz Avcı, 2013, 315)

Öte yandan, gerek TİB tarafından verilen idari tedbir kararında, gerekse mahkeme tarafından verilen kararda, web sitesinin sahibine savunma hakkı verilmeksizin kapatma gibi ağır bir yaptırım uygulanmaktadır. Bunun, hukukumuzdaki tek ayrıksısı TTK 58/4'teki haksız rekabetin söz konusu olduğu durumlarda yargıcın gerektiğinde ilgilisinin savunmasını da alacağına ilişkin düzenlemedir.

Oysa ifade edilmelidir ki özellikle yönetsel yetke olan TİB tarafından uygulanan kapatma yaptırımın savunma hakkını dışlamaması gerekir. İlgiliye, her durum ve koşul altında yönetsel işleme karşı savunma hakkı tanınması ve kanıt gösterme olanağının sunulması gerekir. Bazen kamu düzeninin zorunlu kıldığı durumlarda ilgiliyi dinlemeden karar vermek gerekli olabilmekteyse de özellikle iletişim alanında doğan ihlallerden ötürü uygulanan yaptırımların soyut ve öznel nedenlere dayandırılması savunma hakkı tanınmasını zorunlu kılmaktadır. (Akıncı, 1999, 195). Yasada, ilgilisine savunma hakkının tanınmamış oluşu, bu hakkın işin doğası gereği var olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. (Akıncı, 1999, 196)

2.2.1.2.1. İstatistiki Veriler Işığında TİB'in Yetkileri

Ülkemizde TİB/BTK kararı ile İnternet sitelerine çok rahatça, sıklıkla ve İnternet'e erişim yasağı koyma yetkisi veren yasalardan birine dayanmadan, tamamen siyasi, dini veya ideolojik nedenlerle erişim yasağı konduğu görülmektedir. (Uçkan, 2011, s.119). Özellikle 8/A ve 9/A maddelerine dayanılarak konan erişim yasakları temel hak ve özgürlükleri ciddi olarak ihlal ettiği gibi, görünüşte yasaya dayanılarak verildiği halde genellikle sanal medyayı ve İnternet basınını hedef almaktadır. Adı geçen maddelere dayanılarak verilen erişim yasakları genellikle TİB kanalıyla verilmektedir. Öyle ki bir İnternet sitesindeki istatiski veriye göre, 5651 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten bugüne dek erişime engellenen toplam 87628 siteden 81682'si TİB tarafından engellenmiştir. [http://engelliweb.com/kategoriler/ (Erişim Tarihi:17.09.2015)] Bu da rakamsal olarak TİB'in tüm İnternet sitelerinin % 93.2'sine idari tedbir yoluyla erişim yasağı uyguladığını göstermektedir.[http://engelliweb.com/istatistikler/ (Erişim Tarihi:17.09.2015)]

Bu konudaki istatiski veriler AB nezdinde de dikkat çekmiş olmalıdır ki AB 2011 İlerleme Raporu'nda, İnternet sitelerinin sık sık yasaklanmakta olduğu, bu yasakların kapsam ve süre bakımından orantısız biçimde uygulandığı, TİB'in 2009 yılından beri erişime kapatılan İnternet siteleri hakkında herhangi bir istatiski veri yayınlamadığı, aralarında Youtube'un da bulunduğu bazı sosyal paylaşım sitelerine erişim yasağı konması için açılan davaların halen devam etmekte olduğu; bu nedenle 5651 Sayılı Kanun'un düzenlenmesinin gerektiği ifade edilmiştir. Bu rapordaki veriler de Türkiye'de İnternet sitelerine uygulanan erişim yasağı tedbirinin aslında ne kadar orantısızca uygulandığını ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir. [http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf (s.6, 25, 26, 27, 65-67,87) (Erişim Tarihi: 20.10.2012)]

AB 2014 İlerleme Raporu da Türkiye'deki İnternet özgürlüklerine dikkat çekmiştir. Raporda, 5651 Sayılı Kanun'da yapılan web sitelerine url bazında engel koyma şeklindeki değişiklik olumlu karşılanırken, yasal değişikliklerin yapılması sürecinde ilgili kişi ve kuruluşlarla fikir alışverişinde

bulunulmaması eleştirilmiştir. Öte yandan yapılan değişiklikle TİB'e verilen geniş yetkiler eleştirilmiş, bu yetkilerin İnternet özgürlükleri açısından çok olumsuz sonuçlara yol açabileceği yönündeki kaygılar dile getirilmiştir. AYM'nin TİB'in geniş yetkilerini 2014 yılı Ekim ayı içerisinde iptal etmesi ise olumlu karşılanmıştır. [http://www.ab.gov.tr /files/ ilerlemeRaporlariTR/ 2014_ilerleme_raporu_tr.pdf (s.51) (Erişim Tarihi:07.11.2014)]

2014 İlerleme Raporu'nda 2009 yılından beri TİB'in kapatılan web sitesi sayısını istatistiksel olarak paylaşmaması eleştirildiği gibi, İnternet sitelerinin orantısız kapsam ve sürelerle kapatılması da ciddi olarak eleştirilmiştir. Rapora göre Türkiye'de 50.000'den fazla İnternet sitesi hakkında erişim yasağı uygulandığı ancak bunlardan yalnızca 6000'inin mahkeme kararı ile erişime kapatıldığı da vurgulanmıştır. [http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf (s.51) (Erişim Tarihi:07.11.2014)]

TİB tarafından Google'a ve Twitter'a da içerik çıkarma taleplerinde bulunulmaktadır. 2015 yılının ilk 6 aylık döneminin verilerine göre (1 Ocak-30 Haziran 2015) Twitter'a içerik çıkarma için değişik ülkelerden toplam 1003 talep gelmiştir. Türkiye, özellikle TİB kanalıyla başvuruda bulunmuş olup, 1003 talebin 718'i Türkiye'den iletilmiş; Twitter bu taleplerin % 34'ünü uygun bularak içerikleri kaldırmıştır. Buna göre her 4 talepten 3'ünün Türkiye'den gittiği söylenebilir. [https://transparency.twitter.com/removal-requests/2015/jan-jun (Erişim Tarihi: 13.08.2015) http://nayn.co/her-4-twitter-sansur-talebinden-3u-turkiyeden/ (Erişim Tarihi: 31.08.2015)]

Türkiye Twitter'dan içerik çıkarılması talebi bakımından "rekor" denilebilecek başvuru yapmıştır. Zira aynı rapora göre, aynı dönemde Türkiye'den sonra en çok 68 başvuru ile Rusya talepte bulunmuş, Twitter bunlardan % 63'ünü kabul ederek içerikleri çıkarmıştır. Üçüncü sırada ise Kore 40 taleple Twitter'a ulaşmış, Twitter bunlardan hiç birini işleme koymamıştır. Kore'yi ise 33 başvuru ile Hindistan (Twitter hiç birini çıkarmamış); 32 başvuru ile Fransa (Twitter % 7'sini kaldırmış); 25 başvuru ile ABD (Twitter hiç birini çıkarmamış); 21 başvuru ile Brezilya (Twitter % 38'ini kaldırmış); 16

başvuru ile Japonya (Twitter % 56'sını kaldırmış); 14 başvuru ile Almanya (Twitter % 86'sını kaldırmış); 9 başvuru ile İngiltere (Twitter hiç birini çıkarmamış) izlemektedir. Pakistan'ın 6, Moğolistan'ın 5, Endonezya'nın 3, İspanya ve İtalya'nın 2'şer, Irak ve Kazakistan'ın 1'er başvurusu olup Twitter bunların hiç birini işleme koymamıştır. [https://transparency.twitter.com/removal-requests/2015/jan-jun (Erişim Tarihi: 13.08.2015)]

Twitter verilerinden anlaşıldığı kadarıyla, Türkiye kadar içerik kaldırma başvurusunda başka bir devlet yoktur. Yapılan başvurulara Twitter'ın verdiği olumlu yanıt, başvuru sayısıyla orantılandığında da Türkiye'nin listedeki en başarısız ülke olduğu görülmektedir. Zira 718 başvurunun yalnızca % 34'ü Twitter tarafından olumlu karşılanmıştır. Bu demektir ki 718 talebin yalnızca 244'ü Twitter tarafınan "haklı" bulunmuştur. O halde, Türkiye'nin hem başvuru sayısındaki fazlalık hem de bu taleplerin yetkililer tarafından ciddi bulunup bulunmaması ölçütünden yola çıkıldığında, TİB'in (ve Türkiye'nin) İnternet özgürlükleri konusunda yeterince inandırıcı olamadığı; hemen her türlü içerikle ilgili talepte bulunduğu sonucuna ulaşılabilir. Bu açıdan Almanya'nın en başarılı ülke olduğunu söylemek mümkündür. Zira Almanya yalnızca 14 talepte bulunmuş olmasına rağmen bunlardan % 86'sı olumlu karşılanmıştır. Yani 14 başvurunun 12'sinde içerik Twitter tarafından çıkarılmıştır. Genel bir oran olarak, Twitter tarafından içeriğin çıkarılması uygulamasına gidilen toplam 158 hesaptan 125'i Türkiye'dendir. Bunu 22 içerikle Rusya, 10 içerikle Almanya ve 1 içerikle Brezilya izlemektedir.

Mahkemelerden ve idari birimlerden gelen içerik çıkarma talepleri yönünden de Türkiye'nin sicilinin parlak olduğunu söylemek mümkün değildir. Aynı rapora göre toplam 442 mahkeme içerik talebinde bulunulmuştur. Bunlardan 408'i Türkiye'den gönderilmiştir. TİB (ve diğer idari birimler) tarafından ise 310 içerik çıkarma talebinde bulunulmuştur. Belirtmek gerekir ki bu dönemde tüm devletlerden gelen idari birimler tarafından yapılan toplam talep sayısı 561'dir. [https://transparency.twitter.com/removal-requests/ 2015 / jan-jun (Erişim Tarihi: 13.08.2015)]

Verilere göre, toplam 718 talep Türkiye'den gitmiş, Twitter bunlardan % 60'ına itiraz etmiş ancak sadece % 5'inden sonuç alabilmiştir. [https://transparency.twitter.com/removal-requests/2015/jan-jun (Erişim Tarihi: 13.08.2015)]. Şu halde, Türkiye'deki yargısal yolların yeterli etkinlikte olduğunu ifade etmek de güçtür.

Şu halde Twitter, kapatılmamak için Türkiye'deki hesapları gölgelemeyi (gizlemeyi) seçmektedir. Bu durum ise Türkiye'nin hükümet olarak İnternet engellemeleri bakımından "istediğini aldığını" göstermektedir. Zira Twitter, politika gereği "kapatılmamak için" içerikleri gölgelemeyi sürdürdükçe, ağırlıkta 8/A ve 9/A maddelerine ve çoğunlukla da TİB'in idari tedbir kararlarına dayanılarak verilen yolsuzluk, devlet şiddeti ve siyasilere eleştiri içeren içerikler engellenecek, bu veriler "istatistik" oluşturmaktan öte bir anlam taşımayacaktır. Oysa Twitter bu nitelikteki hukuka aykırı taleplerin uygulanmasını reddeder ve bundan ötürü Türkiye'den Twitter'a kapatma kararı verilirse, bu durum Dünya kamuoyu nezdinde daha büyük yankı uyandıracak, AİHM nezdinde yeni mahkumiyetlere sebep olabilecek, belki de bu durum Türkiye'nin 5651 Sayılı Kanun'u yeniden düzenlemesi için bir baskı unsuru dahi olabilecektir. [(*"Mevcut Türkiye politikası ve uygulamasıyla Twitter'ın demokratikleşme sürecine bir katkısı olduğu veya ifade özgürlüğünü koruduğunu söylemek mümkün değil. Dolayısıyla, Twitter'ın bir an önce Türkiye politikasını tekrardan değerlendirmesi gerekmekte."* Akdeniz, 2015, Makale)]

Google şeffaflık raporunun Ocak 2010-Haziran 2014 dönemi verilerine göre, Google ABD üzerinden yayın yapan web siteleri hakkında içerik kaldırma veya kısıtlama gibi uygulamalara gitmiş, içeriklerin bir kısmını mahkeme kararıyla, bir kısmını ise idari taleplere uyarak kaldırmıştır. Bir kısmına ise itiraz etmiş ve içerikleri yüksek mahkemenin kararıyla tekrar ilgili sitelere koymuştur. Google verilerine göre ABD yaklaşık 7000 içerik kaldırma talebi ile en çok talepte bulunan devletler arasında yer almaktadır. [http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/notes/#authority=US (Erişim tarihi:08.08.2015) Diğer ülkelerin sonuçları için bkz

(http://www.google.com/transparencyreport/removals /government/countries/) (Erişim Tarihi:16.07.2014)]

Google Şeffaflık Raporu verilerine göre 30 Haziran 2014 itibarıyla Türkiye açısından veriler çok da farklı değildir. Buna göre Türkiye'den Google'a Youtube, Blogger veya Google içerikleriyle ilgili toplam (belirtilen tarih itibarıyla) 487 talepte bulunulmuş, bunlardan %32'si hakkında (155 talep) Google tarafından işlem yapılmıştır. Aynı dönemde 2284 içeriğin kaldırılması istenmiştir. 152 mahkeme kararıyla karşılaşılmış; bunlardan % 38'i (yalnzca 57'si) kısmen veya tamamen haklı bulunarak yerine getirilmiştir. Bu mahkeme emirleriyle 572 içerik hakkında kaldırma talep edilmiştir. İdari merciler (TİB vd merciler) tarafından toplamda 2077 talep iletilmiştir. Bu sayı, diğer ülkelerin verilerine göre oldukça yüksektir. [http://www.google.com/ transparencyreport/ removals/government/data/?hl=tr (Erişim Tarihi:01.09.2015)]

Bu verilerin 8/A, 9 ve 9/A maddelerine göre özellikle TİB tarafından alınan erişim/ içerik yasakları karşısında 2015 yılında daha da artacağını söylemek mümkündür. (Akdeniz, 2015, Makale)

2.2.1.2 .2. TİB ve Aile Filtresi uygulaması

BTK tarafından yayınlanan ve 22.11.2011 tarihinde yürürlüğe giren (öncesinde 22.08.2011'de yürürlüğe girecekken *"İnternetime dokunma"* kampanyası ile yürürlük tarihi, tepkiler de gözetilerek uygulaması içerik olarak biraz yumuşatılarak ileri alınan ve bu satırların yazıldığı tarih itibarıyla yürürlükte bulunan) tebliğ ülkemizde İnternet yasaklarının ne kadar keyfi uygulandığını ortaya koyması bakımından dikkat çekici bir örnektir. [http:// İnternetimedokunma.com/ (Erişim Tarihi: 03. 01. 2012) http://www.hurriyet. com. tr/teknoloji/17792342. asp *"Binlerce Kişi Sokakta"* başlıklı haber (Erişim Tarihi: 03. 01. 2012). Tebliğ, 06.08.2015 tarihi itibarıyla yürürlüktedir. (Güvenli İnternet Hizmetine İlişkin Usul ve Esaslar) http:// btk.gov. tr/File /? path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKurul+Karar%C4%B1%2f2011%20DK-14-461.pdf (Erişim Tarihi:06.08.2015) http: //www.radikal.com. tr/Default. aspx?aType=HaberYazdir&ArticleID=1048329 (Erişim Tarihi: 03.01.2012)]

Bahsi geçen tebliğin yanı sıra, yine BTK tarafından yer sağlayıcı *(hosting)* hizmeti veren şirketlere yönelik bir bildirimin yapıldığı; bu bildirimde BTK'nın bazı sözcüklerin web sitelerin içinde veya alan adlarında yer almaması gerektiği yönünde yer sağlayıcı şirketlere uyarıda bulunduğu, hatta bu uyarıda, ekli listede belirtilen sözcükleri veya sözcük gruplarını içeren sitelerin yer sağlayıcılar tarafından sunuculardan çıkarılması ve faaliyetlerinin sonlandırılması; aksi halde yer sağlayıcı şirketlere cezai yaptırımlar uygulanacağı yönündeki haberler basına yansımıştır. Haberin basına yansıması üzerine oluşan kamuoyu tepkisi neticesinde, BTK tarafından, adı geçen sözcük gruplarının yasaklama amaçlı bildirilmediği; yalnızca yer sağlayıcılar tarafından özdenetimin sağlanmasının hedeflendiği yönünde bir düzeltme metni yayınlanmıştır. [http://www.chip.com.tr/haber/btk-dan-yasak-kelimeler aciklamasi_26657.html (Erişim Tarihi: 14.12.2012).http://www. webrazzi.com /2011/04/29/tib-btk-aciklama/ (Erişim Tarihi: 14.12.2012)]

Oysa, BTK tarafından yayınlanan ilk tebliğ metni ve ekindeki "kara liste" incelendiğinde sözgelimi *"etek, meme, göğüs, hikaye, itiraf, çıplak, yasak, yerli, sarışın, yetişkin, taciz, hatun, haydar, hayvan"* gibi bazı sözcülere de yasak getirildiği görülmektedir. (Avcı, 2013, 381). Uygulamanın devletin tazminat sorumluluğunu gerektirebileceği söylenebilir.

Burada, filtrelemenin zararlı içerikle mücadelede etkisiz bir yöntem olduğu da hatırlatılmalıdır. (Akdeniz ve Altıparmak, 2008**,** 162). Öyle ki İngiltere'de filtreleme bir yana pornografik içeriğin tamamen erişime kapatılmasına ilişkin kanun tasarısı hükümet tarafından reddedilmiştir. [http://www.ntvmsnbc.com/id/25406518/ *"İnternette Porno Kısıtlaması Rağbet Görmedi"*başlıklı haber (Erişim Tarihi:19.12.2012)]. Tasarı, pornografik sitelere erişim hakkı için özellikle başvuranların dışındaki herkese erişim yasağı konmasını öngörmekteydi. Ancak Muhafazakâr Parti Milletvekili olan Claire Pery'nin 115 bin imza taşıyan önergesi reddedildi. Önergenin bazı kısımlarının ise kabul edildiği, bunların arasında da İnternet servis sağlayıcıların aktif olarak ebeveynleri filtrelemeye teşvik edecek uygulamaları kullanmaya yöneltecek olmasına ilişkin düzenlemelerin bulunduğu da

belirtilmelidir. Diğer yandan, önerge gereğince, sadece yetişkinlere hitap eden sitelere erişimi engellemek için kullanılan filtreleme uygulamasını kontrol eden kişinin reşit olup olmadığı da denetlenecektir. Önergeye dayanak oluşturan raporda, pornografik sitelere erişimin bütünüyle yasaklanacak olmasının cinsellik ve cinsel sağlık hakkında bilgi aktaran sitelere de ulaşılmasını olanaksız kılacağı özellikle ifade edilmiştir. [http://www. ntvmsnbc.com/id/ 25406518/ *"İnternette Porno Kısıtlaması Rağbet Görmedi"*başlıklı haber (Erişim Tarihi:19.12.2012)]. Konu, bu açıdan bilgiye ulaşma hakkı ile de ilintilidir.

TİB'in yapılanmasının incelendiği kısımda, ABD'deki Federal İletişim Komisyonu (FCC)'nin yapılanması da incelenmişti. FCC'nin, İnternet'in kitleler tarafından özgürce kullanılabilmesi için gereken çalışmaları yapar ve gereken önlemleri alma görevi vardır. FCC, İnternet de dahil olmak üzere, kitle iletişim araçları üzerinden müstehcenlik, din ayrımcılığı veya siyasi ayrımcılık ya da kişilik haklarını ihlal edici yayınları önleyici tedbirleri almaktadır. [https://www.fcc.gov/openinternet (Erişim Tarihi: 05.08.2015) https:// www. fcc. gov/encyclopedia/obscenity-indecency-and-profanity (Erişim Tarihi: 05.08.2015)]

Avustralya'da İnternet üzerindeki yetkili kurum olan ACMA, Avustralya Derecelendirme Kuruluşu tarafından "yasak içerik" olarak bildirilen her türlü yurt içi veya yurt dışı kaynaklı içeriği engellemekle de yetkilidir. (Geniş bilgi için Kılınç, 2010, 418, 419)

Daha önce de ifade edildiği gibi, BPJM, Almanya'da gençleri ve aileleri İnternet'in zararlarından korumakla yükümlüdür. [http://www.bundespruefstelle.de/bpjm/Service/english.html (Erişim Tarihi: 06.08.2015)]

AB, çocuklar için güvenli İnternet projesini başlatarak bu kapsamda özel eğitim günleri düzenleyerek, broşürler basarak, web siteleri üzerinden bilgilendirmelere giderek ve konferanslar düzenleyerek bireyleri zararlı içerik hakkında bilgilendirmektedir. (Akgül, 2008, 374)

AB, 2003 yılında kamu kurumlarına genel filtreleme uygulamalarına gitmemeleri ve bu yöndeki tercihin bireylere bırakılması yönünde tavsiyelerde

bulunmuştur. Ayrıca filtrelemenin yalnızca okullarda ve kütüphanelerde çocukları korumak amacıyla yapılabileceği ifade edilmektedir. (Akgül, 2008, 374). Bundan ötürü Avrupa ülkelerinde genelde, İnternet sitelerine erişimin engellemesi, konuya ilişkin açık bir mevzuat düzenlemesi olmaksızın sivil toplum, polis ve İnternet servis sağlayıcıları işbirliği ile gönüllülük kapsamında yapılmaktadır. (Kılınç, 2010, 433)

Bu cümleden olarak, AB'deki filtreleme uygulamasının anlaşılması için ABAD'ın Scarlet Extended SA v. Belçika Besteciler ve Editörler Derneği kararını incelemekte yarar olduğunu düşünüyoruz. [(Scarlet Extended SA v SABAM Kararı (24.11.2011;70/10)-İngilizce Metin için bkz: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=436748 (Erişim Tarihi:06.11.2014)]

Scarlet Extended SA v. Belçika Besteciler ve Editörler Derneği davasında ABAD, fikri mülkiyet haklarına zarar verebilecek her türlü faaliyeti engellemek ve daimi bir kontrol uygulamak amacıyla Belçikalı bir İnternet hizmet sağlayıcısına, yazılım kurulmasını talep ederek, Belçika mahkemesinin bu yöndeki emrine ilişkin ön mesele hakkındaki C-70/10 sayılı davayı incelemiştir. [Kararın Türkçe geniş özeti AİHM'in Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı'nın 28 ve 29'uncu paragraflarından alınmıştır. http://inhak. adalet.gov.tr /ara/karar/ahmetyildirim.pdf (Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı) (Erişim Tarihi:01.08.2013)]

ABAD 24 Kasım 2011 tarihli kararla fikri mülkiyet hakları sahiplerinin, hizmetleri üçüncü kişiler tarafından haklarını ihlal etmek amacıyla kullanılan aracılar hakkında bir karar alınmasını ve emirlerin usul özelliklerinin ulusal hukukla ilgili olmasını talep edebileceklerini hatırlatmıştır. (Ahmet Yıldırım- Türkiye kararı, p. 28)

Oysa bu ulusal kuralların, AB hukukundan doğan sınırlamalara, özellikle ulusal makamların, İnternet erişim sağlayıcısına, kendi ağı üzerinde iletilen bilgileri genel olarak denetleme konusunda yükümlülük veren tedbirleri kabul etmelerinin gerekmediğini belirten elektronik ticaret konusundaki

2000/31/CE sayılı Direktifi'nde öngörülen yasaklamalara riayet etmesi gerekmekteydi. (Ahmet Yıldırım- Türkiye kararı, p. 29)

Bundan ötürü, erişim sağlayıcısını böyle bir filtreleme sistemi kurmaya zorlayan bu tür bir emir, bir yandan fikri mülkiyet hakkı ile ticaret özgürlüğü arasında, diğer yandan da kişisel verilerin korunması hakkı ve bilgi alışverisi özgürlüğü arasındaki menfaatler dengesinin hakkaniyetli biçimde sağlanması koşulunu karşılamayabilmektedir. Bu bağlamda ABAD, bir İnternet erişim sağlayıcısına, koruma önlemi olarak, maliyetini kendisi üstlenmek koşuluyla, zamanla sınırlı olmaksızın ve ayrım yapılmaksızın bütün abonelerine sunduğu İnternet hizmetlerini kapsayacak biçimde, tüm elektronik iletişimi filtrelemek için bir sistem kurma zorunluluğunu getiren bu kararın, AB hukukuna özellikle de 2000/31/CE sayılı Direktif'e ve uygulanabilir temel haklara aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir. (Ahmet Yıldırım- Türkiye kararı, p. 29)

ABD'deki Federal İletişim Komisyonu (FCC), İnternet'in kitleler tarafından özgürce kullanılabilmesi için gereken çalışmaları yapar ve gereken önlemleri alır. FCC, İnternet de dahil olmak üzere, kitle iletişim araçları üzerinden müstehcenlik, din ayrımcılığı veya siyasi ayrımcılık ya da kişilik haklarını ihlal edici yayınları önleyici tedbirleri alır. [(https://www.fcc.gov/openinternet (Erişim Tarihi: 05.08.2015) https://www.fcc.gov/encyclopedia/obscenity-indecency-and-profanity (Erişim Tarihi: 05.08.2015)]

ABD'de müstehcenlik gerekçesi ile İnternet siteleri üzerindeki filtreleme o boyuta ulaşmıştır ki Beyaz Saray'ın İnternet sitesine düşen "meme" sözcüğü yüzünden, ilgili içerik filtrelenmiş, ancak yapılan araştırmada sözcüğün meme kanseri hakkında olduğu anlaşılmıştır. (Karagöz, 2004, 26)

Yine ABD'de çocukların İnternet'teki pornografik içerikten korunmaları için 2000 yılında "Çocukların İnternet'ten Korunması Yasası" *(Children's İnternet Protection Act: CIPA)* kabul edilmiş, yasada 2011 yılına kadar değişik eklemelere ve güncellemelere gidilmiştir. [(Kılınç, 2010, 431. http://www.fcc.gov/guides/childrens-İnternet-protection-act (Erişim Tarihi:16.07.2014)]

CIPA'ya göre okullar, kütüphaneler ve çocukları rahatlıkla girebileceği işletmelerdeki İnternet bağlantıları için filtreleme yazılımlarının kullanılması

zorunludur. [Kılınç, 2010, 431. http://www.fcc.gov/guides/childrens-İnternet-protection-act (Erişim Tarihi:16.07.2014)]

Daha önce de ifade edildiği gibi, BPJM, Almanya'da gençleri ve aileleri İnternet'in zararlarından korumakla yükümlüdür. [http://www.bundespruefstelle.de/bpjm/Service/english.html (Erişim Tarihi: 06.08.2015)]

Örneklerden de anlaşıldığı üzere, TİB'in aile filtresi uygulamasının benzerlerinin, diğer ülkelerde TİB ile aynı işlevi gören kurum veya kuruluşlar tarafından da uygulandığını görmekteyiz. Ne var ki diğer ülkelerde, belirtilen kurumların İnternet üzerinde TİB kadar geniş yetkilerinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca, filtreleme benzeri uygulamalar genellikle bireylerin tercihlerine bırakılmaktadır. Oysa Türkiye'de filtrelemenin devlet eliyle ve TİB tarafından uygulandığını söylemek mümkündür. Bundan ötürü 5651 Sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin de karşılaştırmalı hukuktakine benzer şekilde düzenlenmesi ve adı geçen tebliğin yürürlükten kaldırılması gerektiğini düşünüyoruz.

Nitekim konu hakkında Alternatif Bilişim Derneği tarafından 4 Kasım 2011 tarihinde Danıştay'da iptal davası açılmıştır. Dava dilekçesinde özetle TİB'e tanınan yetkilerin çok geniş olduğu, güvenli İnternet uygulamasının temel hak ve özgürlükleri orantısız şekilde sınırladığı ve yasallık ilkesine aykırılık nedeniyle Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmiştir.[http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1484 (Erişim Tarihi: 19.09.2015)]

2.2.2. ESB'nin Yapılanması ve İnternet Üzerindeki Yetkileri

2.2.2.1. ESB'in Yapılanması

Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB), 5651 Sayılı Kanun'a 6518 Sayılı Kanun'un 90'ıncı maddesiyle eklenen 6/A ve Geçici 3'üncü maddesiyle kurulmuştur. ESB, özel hukuk tüzel kişiliğine sahiptir ve merkezi Ankara'dadır. Ancak ESB Tüzüğü'nün 1'inci maddesine göre Birlik'in ülke içinde gereken yapılanmayı kurması (şube veya birim açması) mümkündür.

ESB'nin özel hukuk tüzel kişiliği olması, ESB'nin 9 ve 9/A maddeleri kapsamında kullanacağı yetkilerine karşı hangi mahkemeye dava açılacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Zira her iki maddede de ESB'nin işlemlerine karşı nereye dava açılacağı düzenlenmiş değildir. Özel hukuk tüzel kişiliklerinin işlemlerine kural olarak idari yargıda dava açılması mümkün değildir. ESB'nin işlemleri niteliği itibarıyla idari işlem de değildir. Şu halde, ESB'nin işlemlerine karşı idari yargıda dava açılması mümkün değildir. 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinde ESB'nin işlemlerine karşı sulh ceza hakimliklerine başvurulabileceği de ifade edilmediğine göre, sulh ceza hakimlikleri de yetkili olamaz. O halde, ESB'nin haksız işlemine maruz kalan bir kişinin hak arama hürriyeti ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumun Anayasa'nın 36 ve AİHS'in 6'ncı maddelerine aykırılık oluşturduğu söylenebilir.

ESB, Genel Kurul, Yönetim Kurulu, Denetim Kurulu ve Genel Sekreterlik organlarından oluşmaktadır. Bunun dışında ihtiyari organlar oluşturulabilir. (ESB Tüzüğü madde 8). Birliğe ve Birlik Yönetim Kurulu'na tüzel kişilerin üye olması esastır. (ESB Tüzüğü madde 17/1). [https://www.esb.org.tr/amaci-yapisi (Erişim Tarihi: 02.09.2015)]

ESB'ye yalnızca erişim sağlayıcılar üye olabilir. Erişim sağlayıcıların ESB'ye üye olması ve tüzüğün gereklerine uyması da bir zorunluluktur. Bu durum ESB Tüzüğü'nün 4/1'inci maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Buradan hareketle, yer sağlayıcıların ESB'ye üye olamayacağını söylemek mümkündür. [Bu durum, 5651 Sayılı Kanun'un değişiklik tasarısına ilişkin raporda Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak tarafından derneklere üyeliğin zorlandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. (Akdeniz ve Altıparmak, 2014, Rapor)]

Birlik, zorunlu organlarının yanında, Genel Sekreterlik'e bağlı olarak çalışan ihtiyari birimler olarak hukuk birimi, teknik birim ile idari ve mali işler birimlerini kurmuştur. [https://www.esb.org.tr/birimler-gorevleri (Erişim Tarihi: 02.09.2015)]

ESB, eşgüdüm (koordinasyon) sağlamakla görevli olan bir kuruluştur. Bu durum 5651 Sayılı Kanun'un 6/A maddesinin 5'inci fıkrasında *"Birlik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren*

diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur." denerek ifade edilmiştir. Keza ESB Tüzüğü'nün 5/1-a maddesinde de ESB'nin amacına ulaşmak için bulunacağı faaliyetler arasında *"Kanunun 8'inci maddesi kapsamı dışındaki hükümlerden ve diğer özel kanunlardan kaynaklanan erişimin engellenmesi kararlarının, Birlik üyeleri arasındaki koordinasyonu sağlayarak uygulanmasını sağlamak"* sayılmıştır. Şu halde ESB'nin öncelikli görevi, erişim yasağı kararlarının Birlik üyeleri arasında uygulanması için eşgüdümü sağlamaktır.

ESB benzeri kuruluşlara başka ülkelerde de rastlanmaktadır. İngiltere'deki IWF *(Internet Watch Foundation)* buna örnektir. IWF'ye İnternet servis sağlayıcıları (ISS); mobil operatörler; içerik sağlayıcılar; yer sağlayıcıları; filtreleme şirketleri; erişim sağlayıcıları; ticaret birlikleri; mali sektör kuruluşları üye olabilmektedir. Halihazırda IWF'ye Bing, Facebook, Mc Affee, Symantec, Paypal, Vodafone, Yahoo gibi şirketler üyedir. Hatta, IWF'ye İngiltere'deki British Telekom dahi üyedir ve "Clean Feed" adlı proje ile İnternet'teki çocuk pornografisi içeriğini IWF ile de paylaşmaktadır. Ayrıca belirtilmelidir ki İngiltere'deki ISPA (Internet Servis Providers' Association) IWF'nin kararlarınının erişim sağlayıcılar tarafından uygulanmasını sağlamak için 1999'da bir yönerge yayınlamış ve bu yönergeyi 2007 yılında güncellemiştir. Buna göre İngiltere'deki erişim sağlayıcılar, IWF tarafından belirlenen hukuka aykırı içeriği filtrelemek veya haber gruplarından ayıklamakla yükümlüdür. Nitekim İngiltere'de Google, Twitter, Yahoo, Microsoft ve Facebook, bu karar üzerine 2013 yılında IWF'ye kendi sunucularındaki çocuk pornosu görüntülerini denetlemesi için yetki verdiklerini açıklamışlardır. IWF ile İngiliz Hükümeti arasındaki bu ilişki "eş-düzenleyici" şeklinde bir işbirliği ilişkisi olarak yorumlanabilir. [https://www.iwf.org.uk/members (Erişim Tarihi:02.09.2015); https://www.iwf.org.uk/members/current-members (Erişim Tarihi:02.09.2015); Almagor, 2015, 254; Almagor, 2015, 196]

Bu yönüyle bakıldığında IWF'nin ESB'ye göre daha geniş katılımla oluştuğu ve bir "sivil toplum örgütü" olduğu ifade edilebilir. Zira ESB'ye üye olabilmek için 5651 Sayılı Kanun kapsamında erişim sağlayıcı olmak

zorunluyken, IWF'ye üyelik için erişim sağlayıcı olmak gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır.

IWF, Türkiye'deki BTK'dan farklı olarak resmi bir kuruluş değildir. Yasal dayanağı olmayan kuruluş, hükümetin de bilgisi dahilinde İngiltere'deki İnternet servis sağlayıcıları ile anlaşma yaparak, İnternet'in denetimi üzerine çalışmakta ve çok ağır cezaları olan çocuk pornografisine ilişkin suçların işlenmesinin önlenmesi için çalışmalar yürütmektedir. Bu kapsamda, zararlı içeriklere erişim engeli konması da gündeme gelebilmektedir. (Geniş bilgi için bkz Akdeniz, 2010, 397)

2.2.2.2. ESB'nin İnternet Üzerindeki Yetkileri

ESB'nin TİB kadar geniş olmasa da İnternet üzerinde azımsanmayacak derecede önemli yetkileri bulunmaktadır. ESB'nin en temel görevi, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarını uygulamaktır. Nitekim bu husus 5651 Sayılı Kanun'un 6/A-6 maddesi ile ESB Tüzüğü'nün 3'üncü maddesinde de açıkça ifade edilmektedir. [ESB'nin İnternet sitesindeki görev tanımına göre ESB'nin görevi *"5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi (yayından çıkarma, kaldırma vb. durumlar hariç olmak üzere) kararlarının uygulanmasını sağlamaktır."* https://www.esb.org.tr/amaci-yapisi (Erişim Tarihi: 02.09.2015).https://www.esb.org.tr/sites/default/files/tuzuk.pdf (Erişim Tarihi: 02.09.2015)]

Şu halde ESB'nin görevinin, ilkesel olarak, 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri kapsamında kalan erişim yasağı kararlarının uygulanmasını sağlamak olduğu söylenebilir. Ancak, 8/A maddesine dayanan talepler bakımından ESB'nin yetkili olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira 8/A maddesinde ESB'nin yetkisine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

5651 Sayılı Kanun'un 8/7'nci maddesinde, ESB'nin bu görevini tamamlayıcı nitelikte bir kurala yer verilmiştir. Buna göre 8'inci madde

dışındaki erişimin engellenmesi kararları, gereği için ESB'ye gönderilecek ve ESB'ye yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yaplmış sayılacaktır.

ESB'ye yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağına ilişkin düzenlemenin bazı yönleriyle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı söylenebilir. Öncelikle, herhangi bir bildirimin muhatabının dışındaki birisine yapılmış olması, tebligatın gerçek muhataba ulaşmaması durumunda, hak sahibini itiraz hakkından yoksun bırakabilir. Bu durumda, sözgelimi 9'uncu maddeye göre verilen bir içerik çıkarma kararı ESB'ye gönderilip de erişim sağlayıcıya gönderilmezse, erişim sağlayıcının karara itiraz etme hakkı elinden alınmış olacaktır.

Her ne kadar 5651 Sayılı Kanun'un 8/8'inci maddesi (ve ESB Tüzüğü'nün 5/d maddesi) gereğince ESB'ye hukuka aykırı olduğunu düşündüğü kararlara itiraz hakkı tanınmışsa da bu hakkın erişim sağlayıcı da tanınması Anayasa'nın 36'ncı maddesi ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinin sağlanması açısından önemlidir.

Erişim sağlayıcının 5651 Sayılı Kanun'un 6/1 maddesi gereğince, herhangi bir kullanıcısı tarafından yayınlanan hukuka aykırı içerikten, Kanun hükümlerine göre haberdar edilmesi durumunda bu içeriği kaldırma yükümlülüğü bulunduğu da göz önüne alındığında, ESB'ye yapılan tebligatın içeriği bulunduran erişim sağlayıcıya iletilmemesi durumunda erişim sağlayıcı idari para cezası ile karşılaşabilecektir. Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün D-1 başlığında da detaylıca açıklandığı üzere, 5651 Sayılı Kanun'un 3/3'üncü maddesi gereğince erişim sağlayıcılara yapılacak olan bildirimin ESB tarafından 7201 Sayılı Kanun'un 7/a maddesine göre yapılması sağlanmalı, yasa böyle düzenlenmelidir.

Keza 6/A maddesinin 6'ncı fıkrası ile Kanun'un 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceği ifade edilmiştir. Buna rağmen, kararı erişim sağlayıcı uygulayacaksa, tebligatın erişim sağlayıcıya yapılması gerekmektedir.

ESB'nin bu anlamdaki yetkisi yalnızca erişim sağlayıcının ilgili kararı yerine getirip getirmediğini denetlemekle sınırlı olmalıdır. ESB'nin sağlıklı denetim sağlayabilmesi için, erişim sağlayıcıya gönderilen tebligatın bir örneğinin bilgi amaçlı ESB'ye de gönderilmesi bir çözüm olarak düşünülebilir.

Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, ESB bünyesinde ihtiyari olarak hukuk birimi kurulmuştur. Çalışma konumuzla yakın bağlantısı olduğu için hukuk biriminin görevlerinin incelenmesinde yarar görüyoruz. İnceleme öncesinde belirtmek gerekir ki hukuk biriminin görevlerinin ne olduğu ESB Tüzüğü'nde yer almamaktadır. Bu bağlamda, görev kapsamına ancak ESB'nin İnternet sayfasından ulaşabilmek mümkündür.

Buna göre hukuk birimi mahkemelerin, TİB'in ve kurumların verdiği erişimin engellenmesine dair ESB 'ye gelen kararları ilgili mevzuat çerçevesinde inceleyerek, uygulanmak üzere Birlik üyesi erişim sağlayıcı işletmelere iletmekle; mahkemeler ve kurumlarla yazışmalar yapmakla; mahkeme ve kurum kararlarındaki başvuru sahiplerinin talepleri konusunda gerekli değerlendirmeyi yapmakla; mahkeme ve kurumlardan gelen evrakın dosya ve arşiv kaydını tutmakla; mahkeme ve kurumlardan gelen kararları 5651 Sayılı Kanun'dan doğan eşgüdüm sağlama görevi çerçevesinde bir kısım içerik ve yer sağlayıcısına iletmekle yükümlüdür. [https://www.esb.org.tr/hukuk-birimi (Erişim Tarihi: 02.09.2015)]

Hukuk biriminin hukukçulardan oluşacağına ilişkin ESB Tüzüğü'nde veya İnternet sitesinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa hukuk biriminin görevleri arasında *"Mahkemelerin, TİB'in ve Kurumların verdiği erişimin engellenmesine dair Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB)'ne gelen kararları ilgili mevzuat çerçevesinde inceleyerek, uygulanmak üzere Birlik üyesi erişim sağlayıcı işletmelere iletmek"* de tanımlanmıştır. [https://www.esb.org.tr/hukuk-birimi (Erişim Tarihi: 02.09.2015)]. Şu halde, ESB Tüzüğü'nün 5/1-a-aa ve bb başlıklarında belirtilen 5651 Sayılı Kanun'un 9/7'nci maddesi gereğince mahkeme kararının hükümsüzlüğünün tespiti *(erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda*

hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalacağına ilişkin düzenleme) ile 9/9'uncu maddesi gereğince benzer içeriğin tespitini *(bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanacağına ilişkin kuralın takdirini)* "hukukçu olma şartı bulunmayan" ESB üyeleri mi yapacaktır? Mahkeme kararının benzerliğinin veya hükümsüzlüğünün tespiti için hukuk bilgisi gerekli olabilir. Tüzüğün 5'inci maddesinin bu nedenle yeniden ele alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Oysa gerek 5651 Sayılı Kanun'dan gerekse ESB Tüzüğü'nden anlaşıldığı kadarıyla ESB yargısal yorumlarda bulunmakta ve özellikle de "benzerlik tespiti" ile bir anlamda yargısal yetki de kullanmaktadır. ESB'ye Tüzük'ün 5/1-b-bb maddesi ile verilen "benzerlik tespiti" yetkisinin Anayasa'nın 9'uncu maddesine aykırı olduğu söylenebilir. Zira, "benzerlik tespiti" de bir tür tespittir ve tespit de mahkemeler tarafından yapılan bir yargısal işlemdir. Tüzük'ün 5'inci maddesinin bu gerekçe ile de değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere İngiltere, ESB benzeri bir kuruluş olan IWF adlı bir kuruluşla İnternet'in denetimini sağlamaktadır. [Kılınç, 2010, 420. https://www.iwf.org.uk/ (Erişim Tarihi:16.07.2014)]. IWF, İngiltere'de İnternet'in zararlı içeriğini izleyen ve kullanıcıların bu tür içeriği ihbar edebileceği tek yetkili kuruşuluştur. (Almagor, 2015, 254). IWF'nin amacı, temel olarak çocukların İnternet üzerinden cinsel istismarı ve çocuk pornosu ile mücadele etmektir. [(https://www.iwf.org.uk/about-iwf/remit-vision-and-mission (Erişim Tarihi:16.07.2014)].Ne var ki İngiltere'de IWF'nin "Clean Feed" gibi [Adı geçen program sayesinde İngiltere, İnternet'teki çocuk pornografisi içeriğinin % 90'ını bloke edebilmiştir. (Almagor, 2015, 254)]

filtreleme yazılım teknolojilerini kullanması, (Kılınç, 2010, 420) filtrelenmiş siteleri afişe etmemesinden ve kötüye kullanımların halk tarafından

öğrenilememesinden ötürü eleştirilmiş; ayrıca IWF ile İnternet servis sağlayıcılarının kamu kurumu olmamaları da öne sürülerek, İnternet üzerinde yargısal yetki kullanmaları ciddi tartışmalara neden olmuştur. (Almagor, 2015, 196). Bunun üzerine IWF, İnternet kullanıcılarına ve servis sağlayıcılarına "iç denetim önerme" yönetimini tercih etmiştir. [https:// opennet. net/ research/ profiles/united-kingdom (Erişim Tarihi:16.07.2014)]

ESB veya TİB gibi kuruluşların varlığı gereklidir. Ne var ki bu gibi kuruluşlar, geniş yetkilerle donatılmamalı, yargısal yetkileri kullanmamalı ve işlemlerine karşı yargısal denetim olanağı tanınmalıdır. Ayrıca, ESB ve TİB gibi kuruluşların, örneklerini incelediğimiz karşılaştırmalı hukuktaki emsalleri gibi yapılandırılmaları da doğabilecek hak yitimlerinin önlenmesi adına önemlidir.

2.3. Yasa İle Kurulan Uzmanlık Mahkemelerine İlişkin Değerlendirme

8'inci maddede yapılan en önemli değişikliklerden biri kanaatimizce maddeye 26.2.2014 tarihinde 6527 Sayılı Kanun'un 17'nci maddesi ile eklenen 15'inci fıkradır. Eklenen fıkra ile, sınırlı da olsa uzmanlık mahkemeleri kurulmuştur. Buna göre, 8'inci maddeye göre soruşturma aşamasında verilen yargıç kararı ile, biraz aşağıda kapsamlı olarak incelenen 9'uncu ve 9/A maddesine göre verilen yargıç kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri (hakimlikler) tarafından verilecektir.

Kanun'un 8'inci maddesinin 15'inci fıkrasının gerekçesinde bu değişikliğe neden gereksinim duyulduğu yönünde açık bir bilgi bulunmamaktadır. Gerekçede yalnızca *"Kanunun 8 inci maddesine on dördüncü fıkra eklenmesi ile; İnternet içeriklerine yönelik kovuşturma faaliyeti dışında verilebilecek tedbir kararlarının belirli mahkemelerce verilebilmesi, böylece ihtisaslaşma sağlanması öngörülmektedir."* denmektedir. Ancak bu ihtisaslaşmanın nasıl sağlanacağı, ihtisas hakimi olarak atanacakların hangi ölçütlere göre atanacağı, belli bir meslek içi eğitimden geçirilip

geçirilmeyeceği ise belirtilmiş değildir. 8https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1914.pdf (Erişim Tarihi:10.08.2015)]

Düzenleme, sınırlı ve yetersiz de olsa uzmanlık mahkemeleri getirmesi bakımından yararlıdır. [Öğretide bilişim ihtisas mahkemelerinin kurulması gerektiği öne sürülmektedir. Akıncı,/Alıç/ Er, 2004, 275. Ancak aksi görüşte olan Ünver, bilişim ihtisas mahkemelerinin kurulmasının birçok hususta kargaşaya, yetjki ve görev karmaşasına yol açacağını, konunun uzmanı olmayan hakimlerin başka suçlar açısından karar vermesine sebep olacağını savunarak ihtisas mahkemelerinin kurulmasını sakıncalı bulmaktadır. (Ünver, 2001,145)]. Ne var ki düzenlemenin eleştirilecek yönü, uzmanlık mahkemelerinin yalnızca 8'inci maddeye göre, soruşturma aşamasında verilen erişim yasağı kararları ile 9'uncu ve 9/A maddelerine göre verilen erişim yasakları bakımından yetkili olmasıdır. 8/A maddesinin 1 ve 2 numaralı fıkraları gereğince hakim kararıyla alınacak veya hakim onayına sunulacak erişim/içerik engeli içinse, uzmanllık mahkemesi (hakimlik) uygulamasına gidilmesi Kanun'un 8/15 hükmü uyarınca mümkün değildir. Zira, 5651 Sayılı Kanun'un 8/15 hükmünde, 8/A maddesine ilişkin bir düzenlemeye gidilmiş değildir. Bundan ötürü, 8/A maddesi gereğince verilecek erişim/içerik engelleme (ya da onay) işlemleri için hakimin uzman olması gerekmez. Bunun ciddi hak ihlallerine yol açabileceğini düşünüyoruz.

Oysa, kovuşturma evresinde ya da 5651 Sayılı Kanun dışındaki yasalara dayanılarak da erişim yasağı verilebilmekte ve bazı yasalar, erişim yasağı tedbiri bakımından 5651 Sayılı Kanun'a göndermede bulunmayıp, yasaklama yöntemini ayrıca belirlemektedirler.

Ayrıca, uzmanlık mahkemelerinin kararlarına karşı Bölge Adliye Mahkemesi'ne (BAM) itiraz olanağı getirilmesi yararlı olacaktır. Çünkü, BAM belirli illerde yetkili olarak çalışacağı için, erişim yasağı kararları bakımından, uzmanlık mahkemeleri arasındaki çatışmalarda ortak içtihat oluşabilir, erişim yasağı kararlarının uzun süreli olarak, cezaya dönüşecek şekilde uygulanmasının ve birbirinden farklı, çelişkili kararların bir ölçüde önüne geçilmiş olur.

5271 Sayılı CMK'da 18/6/2014 tarihinde 6545 Sayılı Kanun'un 74'üncü maddesi ile değişikliğe gidilerek, sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış, bunların yerine sulh ceza hakimlikleri kurulmuştur. Değişiklik 5651 Sayılı Kanun'a işlenmiş değildir. Ancak yine de sulh ceza mahkemeleri kaldırıldığı için, uzmanlık mahkemesinin "uzmanlık hakimliği" olarak anlaşılması gerekmektedir.

Sulh ceza hakimliklerinin kararlarına karşı itirazlar ise CMK 268/3-a bendi gereğince müteakip sulh ceza hakimliğine yapılacaktır. 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasının son cümlesi, 13'üncü fıkrası ile 9 ve 9/A maddelerinin 6'ncı fıkraları gereğince de sulh ceza mahkemesi (9/A-6 gereğince sulh hakimi) tarafından verilen kararlara karşı, 5271 Sayılı CMK hükümlerine göre itiraz edileceği ifade edilmiştir.

6545 Sayılı Kanun değişikliği ile, CMK'nın 268'inci maddesinde değişikliğe gidilerek, sulh ceza hakimliklerinin kararlarına yapılan itirazların numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hakimliği tarafından karara bağlanacağı ifade edilmiştir. Şu halde, HSYK tarafından uzmanlık hakimliği olarak atanmış dahi olsa, itirazı müteakip hakimlik değerlendireceği için, itirazın "konunun uzmanı olmayan" hakim tarafından değerlendirilmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu durum, ciddi hak yitimlerine yol açabilir. Bu nedenle de erişim yasağı kararına itirazın BAM tarafından görüleceğine ilişkin yasal düzenlemeye gidilmesi durumunda, hak yitimlerinin de önüne geçilebilecektir.

Bir görüş, İnternet erişim yasaklarından doğan mağduriyetlerin önlenebilmesi için, yasada etkili başvuru olanağı da bulunmadığından, Yargıtay'a itiraz yolunu önermektedir. (Avcı, 2013, 345). Ne var ki İnternete erişim yasağı söz konusu olduğunda, itirazların da ivedilikle görüşülmesi gerektiğinden, işin Yargıtay'a gönderilmesi süreci uzatacak ve belki de mağduriyetin daha da artmasına neden olabilecektir. Öte yandan, tutuklama gibi bir koruma tedbiri için dahi Yargıtay'a başvuru olanak dışıyken, erişim yasağı koruma tedbiri için Yargıtay yolunun açılması da ihlal edilen hakkın niteliği bakımından bir çelişki oluşturmaktadır. Bundan ötürü, kanaatimizce en

doğrusu, hem erişim yasağı koruma tedbiri, hem de tutuklama için BAM'a itiraz olanağının tanınmasıdır.

Aynı şekilde, hangi yasaya dayanırsa dayansın, verilecek tüm erişim yasağı kararlarına karşı da etkin hukuki korunma sağlanması adına BAM'a itiraz olanağının tanınması uygun bir çözüm olarak düşünülebilir.

Ne var ki AYM, sulh ceza hakimliklerinin kuruluşunun ve bu kararlara itirazın yine sulh ceza hakimliklerine yapılacağına ilişkin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268'inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına 14.01.2015 T ve 2014/164 E., 2015/ 12 K. sayılı kararıyla karar vermiştir. [http://www. kararlaryeni. anayasa.gov.tr/ Karar / Content/9a5daabd-e182-47c4-a335-f29f2 72ec 46c?Exclude Gerekce = False &wordsOnly=False (AYM'nin 14. 01. 2015 T ., 2014/164 E., 2015/12 K sayılı kararı) (Erişim Tarihi:03.09.2015)]

Karara konu olayda Eskişehir 1'inci Sulh Ceza Hakimliği 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 48'inci maddesiyle değiştirilen 10'uncu maddesinin; 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268'inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 74. maddesiyle değiştirilen (a) ve (b) bentlerinin, Anayasa'nın 2'nci, 19'uncu, 36'ncı ve 37'nci maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebiyle AYM'ye başvurmuştur.

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, tüm Türkiye'de yürütülen soruşturmaların akıbetinin sınırlı sayıdaki hâkimlikler vasıtasıyla siyasi iktidarın inisiyatifine bırakıldığı, sulh ceza hâkimliği kurumunun kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların denetim makamı olarak belirlenmesinin mağdurların hak arama özgürlüğünü kısıtladığı gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla bağdaşmadığı, ayrıca bu kurumun yargı bağımsızlığı ilkesine ve doğal hâkim ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2'nci, 19'uncu, 36'ncı ve 37'nci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

AYM, başvuruyu doğal hakim ilkesi, kişi özgürlüğü ilkesi, yargı bağımsızlığı ve hak arama özgürlüğü açısından incelemiş ve neticede iptal

talebinin reddi ile düzenlemenin Anayasa'ya akırılık taşımadığına karar vermiştir.

AYM'ye göre kamu yararının gerektirdiği hallerde belli işleri görmek için, yasa koyucu tarafından belli işlerin görülmesi amacıyla bazı mahkemelerin kurulması mümkün olup, bu konu tamamen yasama organının yetkisindedir. AYM'nin yasamanın bu yöndeki takdirini değerlendirmesi mümkün değildir. Bundan ötürü bu nitelikte mahkemeler kurularak soruşturma işlemlerinin özel mahkemelere verilmesinin hukuk devletiyle bağdaşmayan bir yönü yoktur. Bu durum kararın gerekçesinde şöyle ifade edilmektedir:

> *"Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır. İtiraz konusu kuralla da yukarıda belirtilen gerekçeler dikkate alınarak daha önce sulh ceza mahkemelerince yerine getirilen "soruşturma sırasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararları alma" görevi sulh ceza hâkimliklerine verilmiştir. Soruşturma safhasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararların, bu konularda uzmanlaşmış hâkimlerce verilmesini sağlamak amacıyla sadece bu işlere bakmakla görevli sulh ceza hâkimliklerinin kurulmasında kamu yararının sağlanması amacının gözetildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır."*

Sulh ceza hakimliklerinin kurulmasının gerekli ve doğru olup olmadığı çalışma konumuzun kapsamı dışında olduğundan, kararın bu yöndeki gerekçesini irdelemiyoruz. Ne var ki kararın hak arama özgürlüğüne ilişkin gerekçesi konumuzla daha yakın bağlantı içerisindedir.

AYM, adı geçen kararında, sulh ceza hakiminin verdiği bir kararın başka bir sulh ceza hakimi tarafından itirazen değerlendirilmesinin hak arama hürriyetine ve etkili başvuru hakkına aykırılık oluşturmadığı görüşündedir. Bu durum gerekçede şöyle ifade edilmiştir:

> *"İtiraz konusu kuralla, sulh ceza hâkimliklerince verilecek olan kararlara karşı itiraz yoluna başvurulabileceği belirtilerek kişilere kanun yoluna başvurma hakkı tanınmış ve itirazı incelemeye yetkili merciler gösterilmiştir. Sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli veya bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmamaktadır. Ceza yargılama usulündeki kanun yolunda temel ilke, cezai nitelikte kararların ilk kararı veren mahkemeden bağımsız ve ayrı bir merci tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi olup bu merciin yüksek görevli veya üst düzeyde bir merci olması zorunlu değildir.*
>
> *Bir il veya ilçenin adını taşıyan mahkemelerin, iş durumunun gerekli kıldığı hâllerde, birden fazla kurulan "daire"lerinin, yargılama faaliyetleri ve kanun yolu başvurularının incelenmesi yönünden aynı mahkeme olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Yargı yerlerinin bir isim altında daireler hâlinde çalışmaları, mahkemelerin teşkilatlanmasına ilişkin "idari nitelikte" bir tercihten ibarettir. 5271 sayılı Kanun'un itiraz kanun yoluna ilişkin 268. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, itiraz mercii olarak belirlenen sulh ceza hâkimliklerinin, itiraz edilen kararı denetleyerek işin esası hakkında karar verme yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla öngörülen kanun yolunun etkili olduğu anlaşılmaktadır.*
>
> *Öte yandan, bir mahkemece verilen karara karşı yapılan itirazların aynı yerde bulunan ve bir sonraki numarayı taşıyan diğer bir mahkemece incelenerek karara bağlanması, gerek adli ve askeri ceza yargılama hukukunda, gerekse medeni yargılama hukukunda yerleşik bir uygulamadır. Örneğin, 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesi uyarınca, ağır ceza mahkemesi kararlarına yapılan itirazlar, numara olarak kendisini izleyen ağır ceza mahkemesi tarafından incelenmekte*

ve sonuçlandırılmaktadır. Bu tür düzenlemelerin bazıları Anayasa Mahkemesinin denetiminden de geçmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1.11.2012 tarihli ve E.2011/64, K. 2012/168 sayılı kararında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesi gereğince icra ceza mahkemelerinin verdiği disiplin hapsine ilişkin kararlara karşı o yerde icra mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde numara olarak kendisini izleyen daireye itiraz edilebileceği yönündeki kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki iddia reddedilmiş olduğundan bu konu Anayasa Mahkemesi tarafından açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktadır.

Dolayısıyla kanun yolu mercii ile ilgili düzenlemenin Anayasa ve ceza muhakemesi hukuku ilkelerine aykırı olduğu söylenemez."

AYM kararının gerekçesinin hatalı olduğu düşüncesindeyiz. Zira, AYM kararında belirtildiği üzere, hakimlikler "daire" değildir. Her biri ayrı hakimliklerdir. Bu nedenle, bu hakimlikler arasında işbölümü olduğu düşünülerek hakimliklerin daireler gibi yorumlanması hatalıdır. CMK gereği tüm soruşturma işlemleri sulh ceza hakimlikleri tarafından yürütüleceği için, işlemler UYAP tevzi sistemine göre hangi hakime düşerse, kararı o hakim verecektir. Bu nedenle de AYM kararında belirtildiği gibi daire esası sulh ceza hakimliklerinde yoktur. Daire esası uygulamasının olabilmesi için, işlere göre hakimlikler arasında tasnife (iş bölümüne) gidilmiş olması gerekirdi. Oysa, yapılan düzenleme ile bu sağlanmış değildir.

İkincisi, itirazı takip eden numaralı hakimliğin incelemesi, o hakimin ayrı ve bağımsız bir hakim olduğu anlamına gelmeyebilir. Görünürde itirazı inceleyecek olan hakim ayrı hakimdir. Ne var ki düzenleme öncesindeki değişiklikte, sulh ceza mahkemesinin kararlarına asliye ceza mahkemelerine, asliye ceza mahkemelerinin kararlarına karşı ise ağır ceza mahkemelerine itiraz edilmesi mümkündü. Oysa yapılan değişiklik, başvuran kişiler açısından bu olanağı ortadan kaldırmıştır. Şu halde, 1 numaralı sulh ceza hakiminin vereceği kararı karşı hemen yanındaki 2 numaralı sulh ceza hakimi itirazen değerlendirecektir. Değerlendiren merci, kararı veren merci ile eşit statüdedir.

[(“*Arama, yakalama, tutuklama gibi kararların sulh ceza mahkemesi hâkimleri tarafından verilmesi ile sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilmesi arasında şöyle bir fark vardır: Büyük illerde pek çok sulh ceza mahkemesi vardı. Yürütülen soruşturmada arama, yakalama, tutuklama gibi kararların o gün nöbetçi olan sulh ceza mahkemesinden talep edilmesi gerekliydi. O gün nöbetçi olan sulh ceza mahkemesindeki hâkim ise, o olay için atanmış veya nöbet görevi o olay için belirlenmiş bir hâkim değildir. Bu hâkimin önüne sunulan dosyada inandırıcı deliller var ise hâkim, arama, yakalama, tutuklama gibi kararlar verecek; delilleri inandırıcı bulmuyor ise bu yöndeki talepleri reddedecektir. Bu hâkim önceden “ayarlanmış” bir hâkim değildir. Bu hâkim bir “tabiî hâkim”dir. Bu hâkime sunulan dosyada inandırıcı deliller yoksa pekâlâ hâkim kendisine sunulan talepleri reddedebilecektir. Böylece, arama, yakalama, tutuklama gibi taleplerin özel olarak ayarlanmış bir hâkime değil, bu tabiî hâkimden istenmesi, soruşturulan kişilere büyük bir güvence sağlar. (Bu taleplerin nöbetçi sulh ceza mahkemesinden değil, soruşturma dosyasının numarasına göre UYAP üzerinde dağıtılmasında da aynı güvence söz konusudur).16 Haziran 2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun sonucunda sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış ve yerlerine az sayıda sulh ceza hâkimliği kurulmuştur. Örneğin İstanbul Adliyesinde, söz konusu Kanun uyarınca 38 adet sulh ceza mahkemesi kaldırılmış ve yerlerine sadece 6 adet sulh ceza hâkimliği kurulmuş ve bunlara 6 adet sulh ceza hakimi atanmıştır[8]. Eskiden İstanbul Adliyesinde tutuklanması talep edilen kişinin 38 adet sulh ceza mahkemesi hâkiminden birinin önüne çıkması ihtimali var iken, şimdi 6 hâkimden birinin önüne çıkması ihtimali var. Keza eski sistemde bu 38 sulh ceza mahkemesi hâkiminin birinin kararına itiraz edildiğinde itiraz başvurusu, bu 38 hâkimden biri tarafından değil, 55 asliye ceza hâkiminden[9] o gün nöbetçi olan birisi tarafından karara bağlanıyordu. Oysa yeni sistemde bu 6 sulh ceza hâkimin birisinin verdiği karara itiraz edildiğinde itiraz hakkında diğer beş hâkimden birisi karar verecektir. Görüldüğü gibi eski sistemde,*

siyasal iktidarın, bir ihtimal, art niyetle arama, gözaltına, tutuklama kararı çıkartmak istemesi durumunda İstanbul Adliyesinde etkilemesi gereken hâkim sayısı 93 iken, yeni sistemde bu sayı 6'ya düşmüştür. Haliyle 6 hâkimi etkilemek, 93 hâkimi etkilemekten daha kolaydır." Gözler, 2014/b, *"Sulh Ceza Hakimlikleri ve Tabii Hakim İlkesi";* (Makale: 29 Ağustos 2014 Tarihli makale)]

AYM'nin örnek olarak verdiği ve emsal gösterdiği 1.11.2012 tarihli ve 2011/64 E., 2012/168 K. sayılı kararında ise farklı bir konu tartışılmıştır. Bu nedenle o kararın bu karara emsal olması güçtür. [Karar, .3.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptaline ilişkindir. http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ef564832-dfba-4acd-b46d-f8aad3846b73?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 2011/64 E., 2012/168 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi: 04.09.2015)]

Kaldı ki AYM, 1.11.2012 tarihli kararında kanun yolunun etkili olabilmesi için başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesininin sağlanarak daha güvenceli bir yargı hizmeti sunulmasını gerekçesinde şöyle belirtmiştir:

"Kanun yolu, bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürülen bir kararın, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki yoldur. Kanun yolunun amacı, yargı yerleri tarafından verilen kararların, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanınmak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktır."

Demek ki 01.11.2012 tarihli karara göre, güvenceli ve etkin bir hukuk yolunun varlığı için kararın "başka bir yargı yeri tarafından incelenmesi" gerekmektedir. Şu halde, yukarıda birkaç paragrafla özetlene 15.01.2015 tarihli kararın gerekçesi ile 01.11.2012 tarihli kararın gerekçesi birbirinden farklıdır. Kararların bu yönüyle birbirine emsal olması güçtür. Kaldı ki sulh ceza hakimlikleri mahkeme değildir; hakimliktir. Bu nedenle mahkeme anlamında ayrı bir yargı yeri sayılmamalıdır. Aynı zamanda sulh ceza hakimlikleri, biraz yukarıda belirttiğimiz üzere, AYM'nin 15.01.2015 tarihli kararının aksine daire

vasfında da değildir. Bu durum, hakimliklerin ayrı bir yargı mercii olmamasının da doğal sonucudur.

Özetle, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda tazyik hapsi kararını veren ve bu kararı inceleyen merci İcra Ceza Mahkemesi'dir ve mahkeme vasfındadır. Oysa CMK'daki koruma tedbiri kararlarını veren merci mahkeme değil, hakimliktir. Konuya salt bu açıdan bakılsa dahi her iki kararın birbirine emsal olabilmesi zaten mümkün değildir.

Kaldı ki icra ceza mahkemesi sadece tazyik hapsi kararını verip bunu itiraz merci olarak incelemektedir. Bu kararlara göre de kişi özgürlüğünün kısıtlandığı tartışmasızdır. Buna karşı da "daha teminatlı" olması ve AİHS'nin EK 7 numaralı Protokolü'nün 2'nci maddesi gereğince "cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı gereğince" "üst dereceli mahkemeye" itiraz edilmesi gerekmekteyse de Türkiye henüz bu protokolü oanylamadığından, aslında AİHS'e aykırılık oluştuğu halde, 7 numaralı ek protokolün bu açıdan Anayasa'nın 90'ıncı maddesine rağmen Türkiye açısından bağlayıcılığı yoktur.

["Madde 2 - Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı

(1) Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.

(2) Bu hakkın kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle az önemli suçlar bakımından, ya da ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı veya beraatını müteakip bunun temyiz edilmesi üzerine verilen mahkumiyet hallerinde istisnaya tabi tutulabilir." http://www.aihmbasvuru.com/ek-protokoller/ek-protokol-no-7.html (Erişim Tarihi:04.09.2015) ; Protokol, 7 devletin onaylaması koşulunun gerçekleştiği 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmişse de Türkiye o tarihten bugüne dek protokolü onaylamış değildir. (Gemalmaz, 2014/2,113, 114) Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, 2014'te Türkiye (Türkiye 2014), Ankara: Turkuvaz Yay. s.117]

Sulh ceza hakimliklerinin varlığının da AİHS'in Ek 7 numaralı protokolüne aykırı olduğu iddia edilebilir. Hatta bu iddia, icra ceza hakimliklerine göre daha da sağlam hukuki temellere oturmaktadır. Zira sulh ceza hakimlikleri, icra ceza mahkemeleri gibi yalnızca itiraz mercii veya tazyik hapsi kararlarını incelemekle yetkili olmayıp, tutuklama da dahil olmak üzere, tüm koruma tedbirlerine ilişkin karar vermekle yetkilidir. İnternet erişiminin tümüyle veya URL bazında engellenmesi de sulh ceza hakimliklerine verilmiş olan bir yetkidir. Şu halde, sulh ceza hakimlikleri, icra ceza mahkemelerine göre temel hak ve özgürlüklerle daha yakından ilişkilidir. Bu nedenle, sulh ceza hakimliklerinin kararlarının en azından eski düzenlemedeki gibi asliye ceza mahkemesince incelenmesi, (ki kanaatimizce BAM tarafından incelenmelidir) kişilerin hukuk güvenliğinin sağlanması adına da önemlidir. [*"Türkiye'de adlî yargı sistemimizin iki dereceli yapıdan üç dereceli yapıya çıkarılması ve böylece sistemin daha etkili ve daha iyi işleyebilmesi amacıyla 26 Eylül 2004 tarih ve 5235 sayılı Kanun ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulması öngörülmüş ve adı geçen Kanun, Adalet Bakanlığına bu mahkemeleri 1 Haziran 2007 tarihine kadar kurma görevi vermiştir (Bu arada belirtelim ki Adalet Bakanlığı bu mahkemeleri hâlâ kuramamıştır!)."* Gözler, 2014/d, Makale http://www.anayasa.gen.tr/tabii-hakim.htm (Erişim Tarihi: 03.09.2015)]

2.4. İnternet Öznelerin Sorumlulukları ve Delfi Kararı

2.4.1. İnternet Öznelerinin Sorumlulukları

5651 Sayılı Kanun'un 3, 4, 5, 6 ve 7'nci maddelerinde İnternet öznelerinin (içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcı) sorumlulukları belirtilmiştir. Buna göre sırasıyla içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların sorumlulukları ayrı alt başlıklar halinde değerlendirilmiş; 3'üncü maddedeki bildirim yöntemi ise tüm İnternet öznelerine ilişkin ortak bir ilke olarak değerlendirilebileceği için en son alt başlıkta ele alınmıştır.

2.4.1.1. İçerik Sağlayıcıların Sorumlulukları

5651 Sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde içerik sağlayıcının sorumluluğu düzenlenmektedir. Buna göre içerik sağlayıcı, kural olarak İnternet ortamında sunduğu her türlü içerikten sorumludur. Zira, içerik sağlayıcı, bir İnternet sitesindeki içeriği oluşturan (bilgiyi bizzat üreten) kişidir. (Sınar, 2001, 41). Bundan ötürü de her türlü içerikten sorumlu tutulması olağandır.

İçerik sağlayıcının sorumluluğu, link verdiği (bağlantı sağladığı) içerikler bakımından ise farklı yorumlanmaktadır. Buna göre maddenin ikinci fıkrası gereğince içerik sağlayıcının kural olarak bağlantı sağladığı başka birine ait İnternet sitesindeki içerikten sorumlu tutulması mümkün değildir. Ne var ki içerik sağlayıcı, bağlantıyı veriş biçimiyle, bağlantı sağladığı içeriği açıkça benimsemişse ve bağlantıyı veriş biçiminden, içerik sağlayıcının kendi İnternet sitesine bağlanan kişilerin ilgili bağlantıya ulaşmasını amaçladığı anlaşılıyorsa o içerikten ötürü de sorumlu tutulacaktır. Örneğin, içeriğinin suç oluşturduğunu bildiği halde, bu nitelikteki bir siteye link verilmesi, içerik sağlayıcının sorumluluğunu gerektirir Böyle bir durumda içerik sağlayıcının sorumluluğu genel hükümlere göre tayin edilecektir. (Taşkın, 2008, 152). Maddedeki genel hükümlerden kastın TCK hükümleri olduğunu düşünüyoruz.

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle Türkiye'deki düzenlemenin benzeştiğini söylemek mümkündür.

Örneğin Alman Haberleşme Hizmetleri Kanunu'nda, içerik sağlayıcının kendisine ait içeriği hazır bulundurması nedeniyle genel kanunlara göre sorumlu olduğu düzenlenmiştir. (Erman, 2001, 206, 213). Almanya'da içerik sağlayıcının link verdiği İnternet sitelerinden sorumluluğu oldukça geniştir. Alman Hukuku'nda link, basın hukukundaki atıf gibi kabul edilmekte, sayfasına link koyan kişinin de bu linkin gödnermede bulunduğu site veya sayfanın içeriğinden haberdar olduğu ve bunu bilinçli olarak gerçekleştirdiği kabul edilmektedir. Bu cümleden olarak Hamburg Eyalet Mahkemesi 12.05.1998 T ve 312 O 85/98 sayılı kararında onur kırıcı linkler koyan içerik sağlayıcının, bu davranışıyla, linkin göndermede bulunduğu İnternet sitesini

denetleme yükümlülüğü altında olduğu kanısına vararak, link koyan kişiyi sanki içerik kendisininmiş gibi sorumlu tutmuştur. [Erman, 2001, 213. (Makalenin yazıldığı tarih itibarıyla bahsi geçen karar kesinleşmiş değildir.)]

Fransa'da da benzeri bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, İnternet yayınının içeriğini bizzat hazırlayan içerik sağlayıcı asli fail; bu yayının hazırlanmasını ve yayına konmasını sağlayan (webmaster, editör vb) şerik olarak sorumlu kabul edilmektedirler. (Kangal, 2001, 231)

Ne var ki ülkemizdeki yasal düzenleme bakımından şöyle bir sorun ortaya çıkabilir: Sözgelimi bir İnternet sitesinde, terör içerikli bir başka sayfaya bağlantı verildiğini düşünelim. Bu bağlantı verilirken içerik sağlayıcının içeriğin başlığını *"Nasıl bomba yapıldığını anlatan güzel bir sayfa"* olarak belirlediğini varsayalım. Bu durumda, pek muhtemelen adı geçen İnternet sitesinin ilgili içeriğine 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesindeki "milli güvenlik" veya "suç işlenmesinin önlenmesi" gerekçelerinden biri gerekçe gösterilerek içerik engelleme kararı verilebilecektir. İlke olarak 8/A-3 maddesi gereğince engelin URL olarak uygulanması gerekmektedir. Fakat burada içerik engellenen sayfasının içinde değildir, başka bir İnternet sitesindedir. Ancak içerik başka bir İnternet sitesinde olmasına rağmen, o siteye yönlendiriliş biçimi gerekçe gösterilerek adı geçen siteye URL bazında yasak uygulanma yoluna gidilebilecektir. Lakin bu durumda, içerik başka bir İnternet sitesinde olduğu için, 8/A-3 maddesinin son cümlesi gereğince linki veren siteye bütünüyle erişim yasağı konabilecektir. (Yönlendirilen içeriğe de ayrıca erişim yasağı konabilir). Böyle bir durumda da 5651 Sayılı Kanun'un 4/2 maddesi nedeniyle orantısız bir uygulama ortaya çıkabilecektir.

Diğer yandan, içerik sağlayıcı genel hükümlere göre sorumlu olacağı için bu örnekte içerik sağlayıcı hakkında TCK 214/1 "suç işlemeye alenen tahrik" veya TCK 215/1 "suçu ve suçluyu övme" suçlarından soruşturma açılması gündeme gelebilecektir. Buradaki sorun, içerik sağlayıcının bağlantıyı veriş biçimiyle, bağlantı sağladığı içeriği açıkça benimsemiş ve bağlantıyı veriş biçiminden, içerik sağlayıcının kendi İnternet sitesine bağlanan kişilerin ilgili bağlantıya ulaşmasını amaçlamış olduğunun hangi ölçüte göre, nasıl takdir edileceğidir. Bunun iyi takdir edilmemesi durumunda içerik sağlayıcılar

hakkında haksız soruşturmalar açılabilir veya İnternet sitelerine hukuka aykırı şekilde erişim yasağı konabilir.

2.4.1.2. Yer Sağlayıcıların Sorumlulukları

5651 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde yer sağlayıcının sorumluluğu düzenlenmektedir. Buna göre yer sağlayıcının yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur.

Almanya'da Teleservisler Yasası, yer sağlayıcının suç içerikli yayından sorumlu olabilmesi için yayının bu niteliğini bilmesine rağmen barındırma eylemine devam etmesini aramaktadır. Almanya'da yer sağlayıcının hukuka aykırı içerikten ötürü sorumlu tutulabilmesi için ayrıca teknik olarak bu yayını engelleyebilme olanağının da bulunması gerekmektedir. (Erman, 2001, 223). Münih Bölge Mahkemesi 28 Mayıs 1998 tarihli SOMM Kararı ile konuyu tartışmıştır. [(Karar hakkında geniş bilgi için bkz Sınar, 2001, 97)]

Karara konu olayda, Compuserve Germany adlı şirketin müdürü olan Felix Somm, şirketin sunucularında çocuk pornografisine ilişkin materyalleri bulundurmak ve bunları erişilir kıldığı (yayınladığı) gerekçesiyle suçlandırılmıştır. Somm, teknik olarak adı geçen içerikleri önleme olanağı bulunmadığını ifade etse de savcının beraat yönündeki mütalaasına rağmen mahkemece mahkum edilir. Kararı temyizen görüşen Münih Bölge Mahkemesi, Teleservisler Kanunu'nun 5'inci maddesinde öngörülen koşulların Somm açısından oluşmadığına karar vererek kararı bozmuştur. (Bick, 2000, 100)

Fransa'da yer sağlayıcılar kendi hazırlayıp sundukları içerikten ötürü aynen içerik sağlayıcılar gibi sorumludurlar. Ancak eğer barındırma hizmeti veriyorlarsa ve barındırdıkları İnternet sitesi hakkında adli veya idari bir merci tarafından bilgilendirilmiş oldukları halde harekete geçmemişlerse İletişim Özgürlüğü kanunu'nun 43/8'inci maddesine göre hem özel hukuk hem de ceza hukuku anlamında sorumlu sayılacaklardır. (Kangal, 2001, 236)

ABD'de çocuk pornosuna ilişkin görüntülerin doğrudan yer sağlayıcı tarafından yayınlanması ya da bunlara yer sağlanması (hosting) durumunda yer

sağlayıcının cezai sorumluluğu kabul edilmiştir. (Demir, 2002, 477). Ancak ilke olarak ABD'de yer sağlayıcının durumu kitabevi sahibinin durumuna benzetilmektedir. Buna göre, kural olarak kitabevi sahibinin, sattığı kitapların içeriğini denetleme yükümlülüğü yoktur. Ne var ki sattığı kitapların sözgelimi çocuk pornosuna özendiren içerik taşıdığı yönünde bilgilendirilmişse kitabevi sahibi, bu kitabı satmaya devam ettiği takdirde sorumlu tutulmaktadır. (Almagor, 2015, 155, 156)

Singapur'da ise toplumsal ahlaki değerlere, politik istikrara, dini hoşgörüye ve kamu düzenine zarar verici içerik hukuka aykırı içerik sayılmış ve bu tür içerikler nedeniyle yer sağlayıcının sorumluluğu kabul edilmiştir. (Bick, 2000, 101)

5651 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer sağlayıcının sorumluluğu belirtilmiştir. Buna göre yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği 5651 Sayılı Kanun'un 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür.

5651 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde 6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun'un 88'inci maddesi ile değişikliğe gidilmiş, yer sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi için gereken "*ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla"* ve *"ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde"* ifadeleri maddenin ikinci fıkrasındaki metninden çıkarılmıştır. Bu değişiklik ile 9'uncu maddenin yeni hali birlikte yorumlandığında, artık yer sağlayıcıya, değişiklikten önceki düzenlemeden farklı olarak, BTK veya TİB tarafından uyarılması durumunda, teknik olarak içeriği yayından kaldırma olanağı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın içeriği yayından kaldırma yükümlülüğü getirilmiştir.

Şu halde, değişiklik sonucunda, hukuka aykırı içerikten usulüne uygun biçimde bilgilendirilen yer sağlayıcının içeriği yayından kaldırmama gibi bir yetkisi olmayacaktır. Bu durumda, yer sağlayıcıya BTK'nın bildirimini yerine getirmezse, 5'inci maddenin değişik son fıkrasına göre, TİB tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilebilecektir. Aksi bir durumda, yani yer sağlayıcı tarafından hukuka aykırı içerik barındıran İnternet sitesine müdahale edilirse, (her ne kadar bu durumda TCK 24/1-2'deki kanun hükmü ve amirin emri hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul

edilebilirse de) emrin konusu suç olduğundan, TCK 24/3 gereğince, yer sağlayıcının adı geçen hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesinin mümkün olamayacağı düşünülebilir. Bu durumda da yer sağlayıcı şirket yetkilisinin (veya şahsın) TCK 244'teki bilişim sistemine müdahale (sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme) suçlamasına yeğin kalabileceği söylenebilir.

Ne var ki eski metindeki "*ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla"* şeklindeki ifade de yeni metinden çıkarılmıştır. Bu değişikliğe göre acaba yer sağlayıcı, TİB'den aldığı talimatı yerine getirmek için bilişim sistemine müdahale ederse TCK 243 veya 244'ten ötürü cezalandırılmayacak mıdır? Eski metinde yer alan ve yeni metinden çıkarılan ifadeden anlaşılması gereken de yer sağlayıcıya bundan ötürü ceza vermemek gerektiğidir. Ayrıca 5651 Sayılı Kanun, TCK'ya göre özel bir yasadır. Bu nedenle de ceza içeren kurallar bakımından öncelikle uygulanması gerekmektedir.

2.4.1.3. Erişim Sağlayıcıların Sorumlulukları

5651 Sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinde erişim sağlayıcının sorumluluğu düzenlenmektedir. Buna göre, erişim sağlayıcı yalnızca verilerin iletilmesine aracılık ettiği için, (Sınar, 2001, 42) kural olarak bir İnternet sitesinin içeriğinden sorumluluğu yoktur. Ancak erişim sağlayıcı, hukuka aykırı içerikten, 5651 Sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle yükümlüdür.

Karşılaştırmalı hukukta da erişim sağlayıcının kural olarak hukuka aykırı içerik nedeniyle sorumlu olmadığı, ancak uyarıya rağmen kaldırmaması durumunda sorumluluğuna gidilebileceği görülmektedir.

Alman Teleservisler Yasası'nda 14.12.2001 tarihinde yapılan değişiklikle, erişim sağlayıcıların ilkesel olarak kısa süreli depolama işleminden sorumlu olmayacakları, ancak bilgilere müdahale etmesi ve idari yahut mahkeme kararına rağmen yayından kaldırmaması durumunda servis

(yer) sağlayıcılar gibi sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. (Mahmutoğlu, 2001, 45; Erman, 2001, 216, 217)

Örneğin Almanya'da 1996 yılında, bir Alman Mahkemesi, Nazi propagandası içeren bir İnternet sitesinin yer sağlayıcısının bu siteyi yayından kaldırmadığı için sorumlu olduğuna hükmetti ve bunun üzerine erişim sağlayıcı tarafından sitenin yayınına son verildi. (Bick, 2000, 100)

Fransa'da ise İletişim Özgürlüğü Kanunu'nun 43/7'nci maddesinde erişim sağlayıcıların sorumluluğu açıkça düzenlenmiş olmadığı için, erişim sağlayıcıların hukuka aykırı içerikten ötürü cezai sorumluluğunun bulunmadığı söylenebilir. (Kangal, 2001, 233)

5651 Sayılı Kanun'un 6'ncı maddesindeki düzenleme İngiltere'deki düzenlemeyle de koşuttur. Buna göre, İngiltere'de bir erişim sağlayıcı kanundışı uygulamadan haberdar edilmiş olmasına rağmen bu içeriği kaldırmamışsa sorumludur. (Akdeniz, 2001, 120). Benzeri bir düzenleme ABD Hukuku'nda da bulunmaktadır. Buna göre, kanun dışı bir unsurun kendisine ihbar edilmesi durumunda erişim sağlayıcının yayını bertaraf etme ve erişimi durdurma yükümlülüğü bulunmaktadır. (Demir, 2002, 476). ABD'de de erişim sağlayıcı kanun dışı içerikten haberdar edildiği halde bu içeriği kaldırmamışsa sorumlu tutulmaktadır. (Demir, 2002, 476) Keza ABD'de erişim sağlayıcının durumu telefon hizmet sağlayıcısının durumu gibi düşünülmektedir. Nasıl ki telefon hizmet sağlayıcının iki kişinin arasındaki konuşmadan ötürü sorumluluğu kabul edilemiyorsa, erişim sağlayıcı açısından da aynısı geçerlidir. Ne var ki ABD'de telif hakları konusunda bu kurala istisna getirilmiştir. Digital Millenium Copyrigt Act gereğince, erişim sağlayıcıların içerikten sorumlu olduğu kabul edilmektedir. (Almagor, 2015, 152)

Belirtilmelidir ki maddenin 5651 Sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin ilk fıkrasındaki *"ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde"* ibaresi 6518 sayılı Kanunun 89 uncu maddesiyle metinden çıkartılmıştır. Bu nedenle, yukarıda 5'inci madde için ifade ettiğimiz sakıncalar erişim sağlayıcılar bakımından da söylenebilir.

Öte yandan, 5651 Sayılı Kanun'un 6'ıncı maddesinin ilk fıkrasına eklenen "ç" bendiyle, erişim sağlayıcı *"erişimi engelleme kararı verilen*

yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla" da yükümlü kılınmıştır. Bunun anlamı, erişim sağlayıcının DNS değişikliği, VPN gibi farklı yollarla da yasaklanan bir İnternet sitesine girilmesini engelleme yükümlülüğü olduğudur.

Düzenleme, bu şekliyle "örtülü sansür" anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, verilen erişim yasağı kararının kapsamını, erişim sağlayıcı, teknik olanaklarını kullanarak genişletecektir. Öte yandan, erişim sağlayıcının alternatif erişim yollarını teknik olarak nasıl engelleyeceği de belirsizdir. Erişim sağlayıcının, bunu sağlaması oldukça güçtür. Düzenlemenin yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

2.4.1.4. Toplu Kullanım Sağlayıcıların Sorumlulukları

İnternet'e erişim özgürlüğünün kısıtlanmasıyla bağlantısı olduğu düşünüldüğünden, 5651 Sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarına da değinmekte yarar vardır.

5651 Sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde İnternet toplu kullanım sağlayıcıların sorumlulukları düzenlenmektedir. Daha önce de değinildiği üzere, İnternet toplu kullanım sağlayıcı, halk arasında bilinen yaygın adıyla "İnternet kafeler"dir.

Buna göre toplu kullanım sağlayıcıların İnternet'e erişim özgürlüğü açısından incelenmesi gereken ve maddede düzenlenen sorumlulukları ikinci ve üçüncü fıkralarda fıkrada düzenlenmektedir.

7'inci maddenin ikinci fıkrasında 6518 Sayılı Kanun'un 91'inci maddesi ile değişikliğe gidilmiştir. Yeni düzenlemeye göre *"ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün İnternet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür."*

Değişiklikten önceki düzenlemeye göre de ticari amaçlı olsun ya da olmasın tüm toplu kullanım sağlayıcılar konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüydü. Ancak değişiklik sonrasında, İnternet

kullanımına ilişkin erişim kayıtlarının saklanması yükümlülüğünün de ticari amaçla olsun veya olmasın tüm toplu kulllanım sağlayıcılara yüklendiği görülmektedir.

Konu hakkındaki "İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkındaki Yönetmelik"in 4'üncü maddesinde (ticari amaç gütsün veya gütmesin) toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri *"Konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almak ve iç IP Dağıtım Loglarını elektronik ortamda kendi sistemlerine kaydetmek."* olarak tanımlanmış*;* 5/c maddesinde ticari amaçla faaliyet gösteren toplu kullanım sağlayıcıların hukuka aykırı ve/veya zararlı içeriğe engel koyma yükümlülüğü *"Başkanlık tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmak"* şeklinde tanımlanmıştır.

Yönetmelikle, ticari amaçlı toplu kullanım sağlayıcılara getirilen İnternet erişim yasaklarına ilişkin başlıca yükümlülük, TİB tarafından onaylanan içerik filtreleme yazılımını kullanmaktır. TİB tarafından onaylanmayan filtreleme yazılımının ticari amaçlı toplu kullanım sağlayıcılar tarafından kullanılabilmesi mümkün değildir. Ayrıca, yeni yasal düzenleme gereğince, bu yükümlülük ticari amaçlı olmayan toplu kullanım sağlayıcılar için de getirilmiştir.

Ne var ki yeni yasal düzenlemede, ticari amaçlı olmayan toplu kullanım sağlayıcılara filtreleme yazılımı ile log kaydı tutma zorunluluğu getirilmesi uygulamada ciddi sorunlara yol açabilecektir. Zira, evinde veya işyerinde kablosuz ağ yoluyla İnternet kullanan ve bu kablosuz ağı birden fazla bilgisayarla şifreli ya da şifresiz olarak paylaşan her kullanıcı, yasal tanıma göre ticari amaçlı olmayan toplu kullanım sağlayıcı kapsamına alınabilir. Şu halde, bir ev/ofis kullanıcısına TİB'in belirlediği filtreleme yazılımını kullanma yükümlüğü getirmek ve ayrıca log kaydı tutma yükümlülüğü koymak hem ciddi anlamda maliyet gerektirmekte, hem de devlet eliyle bireysel kullanıcılara sansür konması anlamına gelmektedir. Ayrıca, her bireysel kullanıcının bu önlemleri alması ve devletin de bunu denetlemesi teknik olarak da oldukça güçtür.

7'nci maddenin üçüncü fıkrasında *"ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların*

tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür." şeklinde; dördüncü fıkrasında ise *"bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir."* şeklinde değişikliğe gidilmiştir.

Üçüncü fıkra ile ticari amaçlı toplu kullanım sağlayıcılara, yani halk deyişiyle İnternet kafelere, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında gereken önlemleri alma yükümlülüğü getirilmesi önemlidir. Çünkü, çocukların İnternet kafeleri kullanarak hukuka aykırı veya zararlı içeriğe ulaşmasının engellenmesi gerekmektedir. Düzenlemenin bu yönüyle bilişim suçlarıyla mücadelede önemli bir işlev görebileceği düşünülebileceği gibi, filtreleme yazılımları yoluyla da çocukların ve gençlerin zararlı veya hukuka aykırı içeriğe ulaşmasını engelleyeceği de söylenebilir. Buna uymayan ticari amaçlı toplu kullanım sağlayıcıya mülki amir tarafından idari para cezası verilecektir.

2.4.1.5. Ortak Sorumluluk İlkeleri

3'üncü madde tüm İnternet öznelerine ortak bir sorumluluk yüklemektedir. Buna göre içerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür. İkinci fıkrada buna uyulmamasının yaptırımı TİB tarafından uymayan özneye uygulanacak iki bin liradan elli bin liraya kadar idari para cezası olarak belirlenmiştir.

Konumuzla asıl bağlantılı olan fıkra, maddenin üçüncü fıkrasıdır. İnternet öznelerine yapılacak olan bildirimlerin şekli adı geçen fıkrada belirtilmiştir. Fıkranın 5651 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin r bendi ile birlikte yorumlamak, İnternet öznelerinin sorumluluklarının belirlenmesinde nasıl bir yönteme başvurulacağının tespiti açısından da önemlidir.

6518 Sayılı Kanun'un 85'inci maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 2'inci maddesi değiştirilmiş, maddeye eklenen "r" bendi ile "uyarı yöntemi" belirlenmiştir. Madde ile uyarı yöntemi şöyle tanımlanmıştır: *"İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini,"*

Bahsi geçen bildirim yönteminin nasıl olacağı ise 5651 Sayılı Kanun'un 3'üncü maddesine 6518 Sayılı Kanun'un 86'ıncı maddesi ile eklenen 3'üncü fıkrasında *"Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, İnternet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir."*denerek ifade edilmiştir. Bu nedenle, BTK veya TİB tarafından içerik, yer veya erişim sağlayıcıların, kendi İnternet sitelerinden, IP adreslerinden ve diğer yollardan elde edilen bilgilere herhangi bir yöntemle bildirimde bulunulabilecektir.

Şu halde, bildirimin mutlaka yazılı/elektronik tebligat yoluyla olması şartı yoktur. BTK/TİB, bildirimi, erişim, içerik veya yer sağlayıcıya telefon veya faks ile de yapabilir. Bu durumda, bildirimin yapıldığının kanıtlanması ise güçleşecek ve içerik, yer ya da erişim sağlayıcılar yasallığı kanıtlanamayacak olan bildirimlerden ötürü ciddi yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir. Zira, telefonla yapılacak bir bildirime dayanılarak yer sağlayıcının hukuka aykırı içerik taşıyan bir İnternet sitesini yayından kaldırması gerekebilecektir.

Fransa'da buna benzer bir tartışma yaşanmış, yer sağlayıcının sorumluluğunu düzenleyen İletişim Özgürlüğü Kanunu'nun 28 Haziran 2000 tarihli ilk şekli Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmiştir. Konsey'e göre kanunkoyucu böyle bir bildirimin şekil koşullarını ihmal ederek ve ilgililerin ceza sorumluluğuna yol açabilecek nitelikteki kusurlu davranışın temel niteliklerini belirlemeyerek Anayasa'nın 34'üncü maddesinden aldığı yetkiye aykırı davranmıştır. (Kangal, 2001, 236)

Konsey, bu kuralı belirlilik ve açıklık ilkesine aykırılıktan iptal etmiştir. (Kangal, 2001, 237). Bu gerekçeyle, 5651 Sayılı Kanun'un 6/1-d maddesindeki

düzenlemenin belirlilik ilkesi yönüyle Anayasa'nın 2'nci maddesindeki "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmadığını ifade edebiliriz.

Her ne kadar yer sağlayıcının sorumluluğunu düzenleyen 5651 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer sağlayıcının yasanın 8'inci ve 9'uncu maddelerine göre haberdar edilmesi durumunda hukuka aykırı içeriği yayından çıkarmakla yükümlü olduğu ifade edilmişse de 5651 Sayılı Kanun'un ne 8'inci ne de 9'uncu maddesinde bildirimin şekline ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu durumda, erişim veya yer sağlayıcısının, BTK/TİB tarafından kendisine herhangi bir yolla yapılan bildirime uymaması durumunda 5651 Sayılı Kanun'un 8/10-11 ve 9/10'uncu maddelerindeki para cezası veya yetkilendirmenin iptali yaptırımı ile karşılaşması olanak dahilindedir. Bunun 9 ve 9/A maddelerindeki gibi olmasa da bir tür uyar-kaldır yöntemi olduğunu söylemek mümkündür.

AİHM, 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nın 61'inci paragrafında, 5651 Sayılı Kanun'un 5'inci (ve buna bağlı olarak 8'inci) maddesinin içerik olarak "uyar-kaldır" sistemine izin vermediği şu gerekçelerle ifade edilmiştir: [(http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı (18.12.2012 T., 3111/10) (Erişim Tarihi: 01.08.2013)]

> *"Ayrıca, dosya kapsamındaki hiçbir doküman, 5651 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. paragrafı uyarınca Google Sites isimli yer sağlayıcısına bünyesinde illegal içerikli başka bir siteyi barındırdığının bildirildiğini ve bu sitenin de hakkında ceza soruşturması yürütülen (illegal içerikli) İnternet sitesine ilişkin verilen tedbir kararına uymayı reddettiğini göstermemektedir."*

Her ne kadar gerekçede somut olaydaki hiçbir dokümanın bu yönde bir uyarının yapıldığına ilişkin bir veri içermediği, Yıldırım Kararı'na münhasır olarak ifade edilmişse de 5'inci maddenin bu tür bir uyarıya olanak tanımadığını söylemek mümkündür.

Olası yasal sorunların ve mağduriyetlerin engellenmesi adına, yasal bildirimin 7201 Sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılmasında yarar olduğunu düşünüyoruz. Kaldı ki 7201 Sayılı Kanun'un 7/a maddesi, 11/1/2011

tarihinde değiştirilerek şahıslara veya şirketlere kendileri tarafından bildirilen e-posta adreslerine elektronik tebligat yapılması da olanaklı hale getirilmiştir. Üstelik, maddenin 2'nci fıkrasında *"Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur"* denerek, belli nitelikteki özel hukuk tüzel kişilerine elektronik tebligat yapılması zorunluluk haline getirilmiştir. Şu halde, bu niteliği taşıyan erişim ya da yer sağlayıcılarına elektronik tebligat yapılması zorunluluktur.

Ne var ki içerik/yer sağlayıcının gerçek kişi olması durumunda bahsi geçen yasal düzenlemenin de sorunu tam olarak çözebileceğini ifade etmek güçtür. Zira, 7201 Sayılı Kanun'un 7/a maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme gerçek kişileri kapsamamaktadır. Bu durumda, 5651 Sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasının gerçek kişi vasfındaki içerik/yer sağlayıcılar bakımından tekrar düzenlenmesi gerekmektedir. Tüm bildirimlerin 3'üncü maddedeki yönteme göre yapılacağına ilişkin olarak da yasaya açık bir hüküm de eklenmelidir. Aynı şekilde, 5651 Sayılı Kanun'a 6518 Sayılı Kanun'un 90'ıncı maddesi ile eklenen 6/A maddesi ile kurulan Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin (ESB) de bu yöntemle erişim sağlayıcıları bilgilendirmesi de sağlanmalıdır**.**

2.4.1.6. Sonuç

Yukarıdaki eleştiri ve önerilere ek olarak şu söylenebilir:

Çalışmamızın I'nci Bölümü'nün 1.2.1 (Kavram) başlığında da ifade edildiği üzere, ortam sağlayıcı kavramı hukukumuzda tanımlanmış değildir. Bu kavramı, niteliği itibarıyla ne içerik ne de erişim sağlayıcı tam olarak karşılamaktadır. Sözgelimi Facebook'taki bir profilin sahibi içerik sağlayıcıyken Facebook, bu içeriğin İnternet ortamında bulunmasına aracı olduğu için ortam sağlayıcıdır. Şu halde, Facebook'taki bir içerik nedeniyle ilgili profilin sahibi 5651 Sayılı Kanun'un 4/2 maddesi hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir. Ancak Facebook şirketi ne içerik, ne yer ne de erişim sağlayıcıdır. Bu durumda Facebook'un 5651 Sayılı Kanun'un 4/2, 5 veya 6'ncı maddeleri anlamında sorumluluğu yoktur. Oysa, tüm bunlara rağmen hatalı

olarak uygulanan erişim yasağı kararları nedeniyle Facebook gibi sosyal paylaşım ağlarına da zaman zaman erişim yasağı konmaktadır. Hukuka aykırı uygulamaların önlenmesi adına çözüm, 5651 Sayılı Kanun'a ortam sağlayıcı kavramının konmasından ve kavramın açıkça tanımlanması gerekmektedir.

2.4.2. Delfi AS-Estonya Kararı'nın İrdelenmesi

Kullanıcılar tarafından oluşturulan saldırgan yorumlar nedeniyle İnternet öznelerinin (yer ve içerik sağlayıcısının) sorumluluklarının tartışıldığı ilk AİHM kararı olan Delfi AS-Estonya Kararı (64569/09) konumuzla yakın bağlantılı olduğu için aşağıda incelenmiştir. Önce 16 Haziran 2015 tarihli Büyük Daire kararının özeti verilmiş, ardından karara ilişkin değerlendirmelere gidilmiş ve son alt başlıkta kararın hukuk sistemimize etkileri üzerinde durulmuştur.[http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2015/06/internet-haber-portallarnn-sorumlulugu.html (Erişim Tarihi:06.09.2015)]

2.4.2.1.Kararın Özeti

[Karar özeti Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün gayri resmi tercümesinden mealen aktarımdır. (Delfi AS-Estonya Davası, Büyük Daire, 16 Haziran 2015, Başvuru no. 64569/09), Türkçe Sürüm http://hudoc. echr.coe.int / eng#{%22display%22: [%220%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2264569/09%22],%22itemid%22:[%22001-157287%22]} (Erişim Tarihi:03.09.2015)]

2.4.2.1.1. Olayın Özeti

Delfi, Estonya'da yayın yapan; Litvanya ve Letonya'da da faaliyet gösteren, halka açık bir limited şirket statüsündeki İnternet haber portalıdır. Portalda, başvurunun yapıldığı tarih itibarıyla günde 300'e yakın haber yapılmakta, bu haberler Estonca ve Rusça dillerinde de yayınlanmaktadır. Delfi, haberlerin altına "yorum ekle" seçeneği de koymakta ve yorum yazanlar dilerse ad-soyad ve e-posta adreslerini vererek; dilerlerse takma adla (misafir) olarak yorum ekleyebilmektedir. Ancak, sistem yorumcuların yorumlarını

değiştirmesine veya silmesine izin vermemektedir. Bu yöndeki yetki ancak sitenin moderatörlerine aittir. Yorum ekleme seçeneğinin yanı sıra; "yorum oku" ve "yorumları yayınla" adli iki seçenek daha bulunmaktadır. Başka kişilerin yorumları "yorumları oku" seçeneğinin tıklanmasıyla açılmakta olup bu alan diğer alanlardan ayrı bir alandır. Yorumlar, yazının altına otomatik olarak yüklendiği için şirketin yorum denetiminden geçmemektedir. Çoğunluğu takma adla gönderilen yorumların sayısı günde ortalama 10.000 okuyucu yorumu almaktaydı.

Uygulama, bir tür uyar-kaldır sistemi de içermektedir. Buna göre, herhangi bir okuyucu uygunsuz bir yorumu (hakaret veya nefret içerikli veya alaycı yorumlar) işaretleyerek bu yorumun sistemden kaldırılmasını sağlayabilmektedir. Ayrıca sistemde otomatik bir filtreleme (bazı ahlaka ve edebe aykırı sözcükleri kendiliğinden bularak siteden ayıklayan bir sistem) düzeneği de mevcuttur. Keza, hakaret içerikli bir yorumdan ötürü mağdur olan birisi, başvurucu şirkete online olarak durumu ihbar ettiğinde, içerik sistemden derhal kaldırılmaktadır.

Delfi'nin İnternet sitesinde yorumların sorumluluğunun kendilerine ait olduğuna, Delfi'nin sorumluluk kabul etmediğine ilişkin "yorum kuralları" da ilan edilmiştir. Burada Delfi'nin yalnızca bir aracı olduğundan, yorumların üzerinde herhangi bir düzeltmeye gitmediğinden, yorumu yazan kişinin kendi yorumundan sorumlu olduğundan; yazılan yorumdan ötürü Estonya'da cezalandırılan kişilere ilişkin örnekler olduğundan ve sitede hakaret ve tehdit içerikli, düşmanlık ve şiddete teşvik eden, ahlaka ve edebe aykırılık taşıyan, yasa dışı etkinliklere özendiren, istenmeyen e-posta veya reklam içerikli yorumlarla konu dışı olan yorumlara yer verilemeyeceğinden bahsedilmektedir. Bu türden yorumların Delfi tarafından kaldırılacağı da ifade edilmektedir. Uyarı metni, "uyar-kaldır" sisteminin nasıl çalıştığını da izah etmektedir.

Başvurucu şirket, 24 Ocak 2006 günü Delfi haber portalında portalında *"SLK, Planlanan Buz Yolunu Yok Etti"* başlıklı bir makale yayınlamıştır. Buz yolları, kış mevsiminde donan deniz üzerinde Estonya ana karası ile bir kısım adalar arasında açık olan devlet yollarıdır. "SLK" kısaltmasının açılımı, AS Saaremaa Laevakompanii'dir (halka açık limitet bir şirket olan Saaremaa

Taşımacılık Şirketi). SLK, ana kara ile belirli bazı adalar arasında halka açık feribot taşımacılığı hizmeti sağlamaktadır. L., söz konusu zamanda SLK teftiş kurulu üyesi ve şirketin tek ya da hakim hissedarıydı. Portalda yayınlanan bahse konu bu makale, 24 ve 25 Ocak 2006 tarihlerinde 185 yorum almıştır. Bu yorumlardan yaklaşık yirmi tanesi L. aleyhine yöneltilen kişiye yönelik tehditler ve onur kırıcı bir dil içermekteydi. [(Yorumların bazılarında *"kahrolası piç (L) , domuz (L), (L)'nin kulağına işer, kafasına sıçarım; lanet olası (L)"* gibi ifadeler yer almaktaydı. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm I, p.18)] L.'nin avukatları 9 Mart 2006 tarihinde, başvuran şirketten onur kırıcı yorumları kaldırmasını istemiş ve uğramış olduğu manevi zararı tazmin için 500.000 Estonya kronu (EEK) (yaklaşık olarak 32.000 Avro) talep etmiştir. Delfi de bu talep üzerine yorumları aynı gün İnternet sitesinden kaldırarak 23 Mart 2006 tarihinde de yorumlar İnternet sitesinden kaldırıldığı için avukatın tazminat talebinin kabul edilemeyeceğine dair yanıt vermişlerdir. Ancak bu arada, Delfi'ye yapılan başvuruya kadarki 6 haftalık süreç içerisinde yorumlar İnternet sitesinde kalmıştır. Ancak bu yanıta rağmen, L. tarafından 13 Nisan 2006 tarihinde yerel mahkemeye 32.000 Avro'luk tazminat davası açılmıştır. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm I, p.19, p.20)

2.4.2.1.2. Yerel Yargılama Sürecinin Özeti

Yerel mahkeme davacı L'nin talebini, AB'nin 8 Haziran 2000 tarihli ve 2000/31/AT sayılı Elektronik Ticaret Direktifi, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile Estonya Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu uyarınca reddederek, davada Delfi'nin yorumlardan ötürü sorumlu tutulamayacağına, zira haber portalındaki yorum alanıyla, portalın habercilik başlıklarının ayrı değerlendirilmesi gerektiğine; yorum alanı üzerinde Delfi'nin yetkisinin pasif olduğundan, bu kısım üzerinde Delfi'nin denetim yükümlüğülüğü olmadığı gibi, bu kısmın içerik sağlayıcısının da Delfi olmadığına hükmetmiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm I, p. 23)

Talinn İstinaf Mahkemesi ise L'nin istinaf başvurusu üzerine yerel mahkemenin kararını, kararın Delfi'nin sorumlu olmadığına ilişkin gerekçesi

yönünden bozmuştur. Bunun üzerine dosya tekrar yerel mahkeme tarafından bu kez davacı L lehine hükme bağlanmıştır. Gerekçede yerel mahkeme, Delfi'nin yorum içeriklerinden sorumluluğu olmadığına ilişkin uyarı koymasının portalı sorumluluktan kurtarmayacağına, hukuka aykırılık taşıyan yorumların yorumcular tarafından silinmesinin veya düzeltilmesinin mümkün olmamasının önemli bir eksiklik olduğuna; kullanıcıların her türlü uygunuz içeriği portal moderatörlerine bildirmelerinin başkalarının kişilik haklarının korunması adına yetersiz olduğuna; yorumların içeriklerini oluşturmamış da olsa bu yorumları silme yetkisinin portala ait oluşunun portalı sorumlu kıldığına; içeriklere ilişkin sorumluluğu bulunmadığına dair feragatname yayınlamanın Delfi'yi sorumluluktan kurtarmayacağına; Delfi'nin yorumları önden denetleme gibi bir yükümlülüğü olmamasına rağmen bu yolu seçmişse, kişilik haklarını ihlal etmeyecek şekilde başkaca teknik önlemler alması gerektiğine; haberin veriliş biçiminde bir sorun olmamasına ve haber hukuka uygun şekilde verilmiş olmasına rağmen, yorumların eleştiri sınırlarını aşarak kişilik haklarını ciddi şekilde ihlal ettiğine karar vermiştir. Bundan ötürü Delfi'nin L'ye 320 Avro manevi tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm I, p. 24-27)

Karar Talinn İstinaf Mahkemesi'nce görüşülmüş ve istinaf mahkemesi yerel mahkemenin kararına benzer biçimde, Delfi'nin yorumlar üzerinde ön denetim uygulama yükümlülüğü olmadığına, ancak bunu tercih etmişse hukuka aykırı yorumların hızla kaldırılmasını sağlayacak önlemleri de alması gerektiğine; bu cümleden olarak, yorumun hukuka aykırı olup olmadığının takibinin ve ihbarının bu yorumdan mağdur olan kişiye bırakılmasının iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığına; öte yandan Delfi'nin Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu karşısında da sorumluluğunun devam ettiğine; zira Delfi'nin bir aracı olmayıp, kullanıcıları yorum yazmaya davet ettiğine, bunun da Delfi'nin eylemlerinin yalnızca teknik, otomatik ve pasif nitelikte olmadığı anlamına geldiğine hükmederek yerel mahkemenin kararını onamıştır. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm I, p. 28, 29)

Nihai hüküm Estonya Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiştir. Yüksek Mahkeme istinaf mahkemesinin kararını onamışsa da onama gerekçesini bazı yönleriyle biraz değiştirmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, hizmet sağlayıcının kural olarak içerikten sorumluluğu yoktur. Ancak somut olayda Delfi'nin eylemlerine bakıldığında, Delfi'nin kullanıcıları yorum eklemeye "davet ettiği" anlaşılmaktadır. Böylece, yorum (ve ziyaret) sayısı arttıkça Delfi'nin aldığı reklam sayısı ve buna bağlı olarak ticari geliri de artmaktadır. Ayrıca Yüksek Mahkeme, somut olayda yorum başlığının haberin içeriğine ve portala dahil olduğunu; zira Delfi'nin kullanıcılara yorumlarını değiştirme veya silme olanağı tanımadığını, kullanıcının yalnızca uygunsuz içeriği bildirme yetkisine sahip olduğunu; bu nedenle de hangi yorumun yayınlanacağına ilişkin yetkinin doğrudan doğruya Delfi'ye ait olduğunu; bunun da Delfi'nin yalnızca pasif konumda olan bir hizmet sağlayıcı olarak kabul edilmesini mümkün kılmadığını ifade etmiştir. Bundan ötürü Delfi de yorumu yazanlarla birlikte içerik sağlayıcı olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki olayda Delfi yorumları kendiliğinden kaldırmayarak ancak davacı L'nin başvusuru üzerine kaldırmış ve bu şekilde davacı L'yi de zarara uğratmıştır. Davacı L de yorumu yazan kişilere ya da Delfi'ye dava açma yönündeki seçimlik hakkını Delfi'ye dava açmaktan yana kullanmıştır. Tüm bu nedenlerle Delfi somut olayda, zararın doğmasına kendi (ihmali) eylemi nedeniyle sebep olmuştur. Yüksek Mahkeme, Delfi'nin Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nun 10'uncu maddesi ve AB Elektronik Ticaret Direktifi karşısında sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmadığına da hükmetmiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm I, p. 30)

Yüksek Mahkeme, gerekçesinde ilkesel olarak yazılı basınla İnternet haberciliğini farklı görmektedir. Ancak bununla birlikte, İnternet haberciliği için belli kurallar getirilmesi gerektiğine de hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu yorumu sonradan AİHM kararında da benimsendiği için aşağıda aynen aktarılmaktadır:

"*Bir internet portalında haber ve yorum yayınlanması da bir gazetecilik faaliyetidir. Aynı zamanda, internet ortamının*

doğası gereği, bir portal operatöründen yorumları yayınlaması öncesinde, bir basılı medya yayını üzerinde yapıldığı gibi yorumlar üzerinde düzeltme yapması beklenemez. [Basılı bir medya yayınının] yayıncısı, düzeltme yapma yoluyla, bir yorumun yayınlanmasını başlatan kişi olurken, internet portalında yayını başlatan kişi yorumu yazıp, portal yoluyla halkın erişimine sunan kişidir. Bu nedenle, kendisine bilgi ifşa edilen kişi portal operatörü değildir. Hem bir basılı medya yayının yayınlayıcısı hem de bir internet portalı operatörü, girişimciler olarak, yorumların yayınlanmasında ekonomik menfaatlerinin bulunması sebebiyle yayınlayıcı/ifşa eden kişi olurlar." [(Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm I, p. 31 (Estonya Yüksek Mahkemesi gerekçeli kararının 14'üncü paragrafı)]

2.4.2.1.3. AİHM Gerekçelerinin Özeti

Konu, sonuç olarak AİHM Büyük Dairesi önünde tartışılmış ve 16 Haziran 2015 günü karara bağlanmıştır. AİHM, Estonya Hükümetini, Estonya Yüksek Mahkemesi'nin karar gerekçelerine çok benzeyen gerekçelerle, "oy çokluğu ile" haklı bulmuştur.

AİHM, olayı değerlendiririrken müdahalenin varlığını, müdahalenin yasa ile öngörülüp öngörülmediğini, müdahalenin meşru bir amaca yönelik olup olmadığını ve müdahalenin demokratik toplum için gerekli olup olmadığını ayrı ayrı incelemiştir.

AİHM biraz yukarıda aynen aktarılan Estonya Yüksek Mahkemesi gerekçeli kararının 14'üncü paragrafındaki gerekçeyi (Delfi Kararı p.31'de belirtilen gerekçe) kabul etttiğini beyan etmiştir. Buna göre haber ve yorumların bir İnternet portalında yayınlanmasının da bir tür gazetecilik faaliyeti olduğu ancak İnternet haberciliğinin niteliği gereği, basılı basından farklı olarak yorumların önceden düzenlemesinin beklenemeyeceğini, basılı basında, yayınların yayıncısının düzenleme yoluyla bir yorumun

yayınlanmasını başlatan kişi olduğunu ancak İnternet portalında yayınlanmasını başlatan kişininse, portal aracılığı ile yorumunu halkın erişimine sunan yorum yazarı olduğunu ifade emiştir. Bundan ötürü portal operatörünün kendisine bilgi sağlanan kişi olmadığını; yorumların yayınlanmasındaki ekonomik çıkarlarından dolayı hem basılı basın yayıncısının hem de İnternet portal operatörünün girişimciler olarak yayıncı veya açıklayan kişiler olarak kabul edilebileceğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre bu ayrım ve ölçüt doğrudur ve uluslararası belgelerdeki ölçütlerle de uyumludur. [Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.3]

AİHM, olayın değerlendirilmesinde bu genel ölçütleri koyduktan sonra olayda müdahalenin varlığını, müdahalenin yasa ile öngörülüp öngörülmediğini, müdahalaenin meşru bir amaca yönelik olup olmadığını ve müdahalenin demokratik toplum için gerekli olup olmadığını değerlendirmiştir.

AİHM'e göre müdahalenin varlığı konusunda bir duraksama yoktur. [Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.9, p.10]. Müdahalenin yasa ile öngörülmüş olup olmadığına gelince, AİHM'e göre Delfi bu konularda faaliyet gösteren büyük bir şirket olup, yasaların öngörülebilirliğini sağlamak anlamında hukuki destek alabilecek (gerektiğinde profesyonel hukukçu da görevlendirebilecek) güçtedir. Tüm bu gerekçelerle AİHM Sözleşme'nin 10/2 maddesi anlamında yasa ile öngörülebilirlik koşulunun gerçekleştiğine hükmetmiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.20)

AİHM Büyük Dairesi, başvuran şirketin ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru amacını taşıdığı hususuna tarafların itiraz etmediğine dikkat çekerek aksi yönde bir hükme varması için neden olmadığını belirtmiştir. Şu halde, müdahalenin meşru amaca uygun olduğu söylenebilecektir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.21)

AİHM, asıl yorumu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı açısından yapmıştır. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-

D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.22- p. 53 arası). Mahkeme basının demokratik toplumda yerine getirdiği temel işleve dikkati çekerek basının başkalarının şöhret ve hakları ile gizli bilgilerin ifşasının önlenmesine ilişkin sınırları aşmaması gerekmekteyse de kamu yararının gerektirdiği durumlarda bilgi ve düşünce yayma görevi bulunduğuna; gazeteciliğin belirli bir oranda abartıyı hatta provakasyonu da kullanma olanağı verdiğine, sade bir vatandaş için izin verilebilir eleştiri sınırlarının hükümetler veya siyasetçiler için olanlardan daha dar kabul edildiğine ilişkin yerleşik içtihadına da atıfta bulunarak; daha önce büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, İnternet'in toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel anlamda bilginin dağıtılmasını kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağladığını Ahmet Yıldırım Kararı'nın 48; Times Newspapers Ltd Kararı'nın 27'nci paragraflarına atfen dile getirmiştir. AİHM'e göre özellikle özel hayata saygı hakkı olmak üzere insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasına yönelik olarak İnternet'teki içerik ve iletişimin doğurduğu zarar riski elbette basının doğurduğu zarar riskinden daha yüksek olduğuna *Editorial Board of* Pravoye Delo *ve Shtekel* Kararı'nın 63'üncü paragrafına atfen vurguda bulunmuştur. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.23, p.24)

AİHM, bir gazetecinin görev ve sorumlulukları değerlendirilirken o gazetecinin çalıştığı yayın aracının potansiyel etkisinin de dikkate alınması gerektiğine, konuya bu açıdan bakıldığında görsel-işitsel basının basılı basına göre daha hızlı ve güçlü etki yarattığına, tarafsız ve dengeli gazeteciliğe ilişkin ölçütlerin, gazetecinin görev yaptığı medya organının bu niteliğine göre belirlenmesi gerektiğine, ölçütlerin çalışılan medya organının niteliğine göre değişiklik gösterebileceğine dikkat çekmiştir. Ancak yine de AİHM, başka bir kişi tarafından bir görüşmede yapılan beyanların yayılmasına yardım ettiği için bir gazetecinin cezalandırılmasının, basının kamu yararına ilişkin konuların tartışılmasına yönelik katkılarına ciddi şekilde engel oluşturacağını ve cezanın güçlü nedenler olmadan uygulanmaması gerektiğini de vurgulamıştır. Keza AİHM, Sözleşme ile bildirilen ve güvence altına alınan değerlerle bağdaşmayan söylemlerin Sözleşme'nin 17'nci maddesi gereğince 10'uncu

madde tarafından korunmadığını da belirtmiştir. Mahkeme tarafından incelenen bu tür söylemlere dair örnekler Nazi soykırımını inkâr eden, Nazi yanlısı bir politikayı haklı gösteren, tüm Müslümanları ciddi bir terör saldırısıyla ilişkilendiren ya da Rusya'daki kötülüğün kaynağı olarak Yahudileri gösteren ifadeleri içermiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.25, p.26, p.27)

AİHM, portala eklenen yorumların küçük düşürücü nitelikte olduğu yönünde bir kuşku bulunmadığını vurgulamıştır. AİHM, yorumların nefret söylemi ve şiddete teşvik içerikli olduğuna, bundan ötürü somut olayda yazarların ifade özgürlüğünün değil, üçüncü kişilerin yorum içeriklerinden ötürü Delfi'yi sorumlu tutan ulusal mahkeme kararlarının Sözleşme'nin 10'uncu maddesine uygunluğunun tartışıldığını belirtmiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.31)

AİHM'e göre feribot şirketi hakkındaki haber yazısı özü itibarıyla dengelidir, yazıda saldırgan bir dil veya hukuka aykırı bir ifade barındırmamaktadır. Ancak, dili tarafsız da olsa bu türden bir yazı ciddi ve sert tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Ne var ki AİHM'e göre Delfi, bu tür yazılara yorum çekmeyi amaçlayan ticari nitelikteki, profesyonelce yönetilen bir haber portalıdır ve kendi İnternet sitesinde, kullanıcıları haberlere yorum yazılması için davetkâr şekilde teşvik etmektedir. Hatta Delfi, haberlere yorum yazılması için kullanıcıları açıkça davet etmiştir. Çünkü Delfi'nin yorumcu sayısı arttıkça reklam ve ticari geliri de artmaktadır. Bundan ötürü de Delfi'nin yorumların yazarı olmaması, yorumlar üzerinde kontrolü olmadığı anlamına gelmemektedir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.35)

Bu bağlamda AİHM, başvuran şirketin İnternet sitesinde, yorum kuralları başlığı altında başvuran şirketin asılsız ve/veya konu dışı, uygulamaya aykırı, tehdit, hakaret, müstehcen ifadeler ya da kabalık içeren yorumların yayınlanmasını yasakladığının belirtildiğini, ayrıca başvuran şirket tarafından bu nitelikteki yorumların değiştirilmesi veya silinmesi yönünde yorumculara yetki verilmemiş olduğunu, bu yetkinin ancak Delfi'ye ait bulunduğunu; bu yetkinin de yorumlar haber portalında yayınlandıktan sonra kullanıldığını

belirtmiştir. AİHM ayrıca bu tür yorumların yayınlanmadan önce kaldırılabileceğini veya yazarların yorum yayınlamalarına sınırlama getirilebileceğini, bu teknik olanağın Delfi'nin elinde bulunduğuna hükmetmiştir. Bu gerekçelerle AİHM Delfi'nin haber portalında yer alan haber yazılarındaki yorumların kamuya açıklanmasındaki ilişkisinin, pasif ve sadece teknik hizmet sağlayıcılığını aştığı yönündeki Estonya Yüksek Mahkemesi'nin tespitini kabul etmekte ve Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki tespitini Sözleşme'nin 10'uncu maddesine aykırı görmemektedir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.36, p.37)

AİHM'e göre, İnternet kullanıcılarının kimliklerinin ifşa edilmemesi (anonimliğin sağlanması) kullanıcıların çıkarları bakımından önemlidir. AİHM, anonimlik hakkının uzun bir süredir misilllemelerden ya da istenmeyen ilgiden kaçınmanın bir aracı olarak kullanıldığını vurgularak, bu hakkın İnternet'te düşüncelerin ve bilgilerin serbest paylaşımını önemli ölçüde arttırdığı ifade etmektedir. Ancak AİHM, İnternet'te bilgilerin geleneksel medyaya göre daha süratli biçimde yayıldığını ve izlerinin daha uzun sürede silindiğini, etkilerinin geleneksel medyaya göre daha uzun süreli olduğunu, bu durumun hukuka aykırılık taşıyan içeriklerin olumsuz etkilerini arttırıcı nitelik taşıdığını ifade etmektedir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.38)

AİHM'e göre İnternet üzerinde değişik derecelerde anonimlik mümkündür. Bir İnternet kullanıcısının kamunun büyük çoğunluğuna anonim kalabilmesi mümkünken, bu hakkın bazı doğrulama ölçütleriyle (e-posta adresi girilmesi, hesabın sosyal ağ üzerinden aktif hale getirilmesi, ulusal elektronik kimlik kartları, online bankacılık doğrulaması gibi) sağlanması da mümkündür. AİHM, bir İnternet servis sağlayıcısının kullanıcılarına oldukça geniş ölçüde anonimlik hakkı sağlayabileceğini, bu durumda kullanıcıların kimliklerinin belirtilmesine gerek duyulmasa dahi bu kullanıcılar erişim sağlayıcıların elindeki bilgiler aracılığıyla sınırlı ölçüde de olsa izlenebilir. Bu durumda, kullanıcılara ilişkin bilgilerin verilmesi kısıtlayıcı şartlara tabi olmak koşuluyla ancak mahkeme veya savcılık kararıyla, soruşturma veya kovuşturma açısından

gerekli olması kaydıyla mümkündür. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.39)

AİHM'e göre huzurdaki olayda asıl sorun başvurucu şirketin yorumları yayınlanmasının hemen ardından kendiliğinden kaldırmaması nedeniyle sorumlu tutulmasına ilişkin ulusal mahkeme kararının ilgili ve yeterli hukuki temele dayanıp dayanmadığına ilişkindir. AİHM, bu yaklaşımdan hareketle, başvurucu şirketin nefret ya da şiddete teşvik eden söylemleri barındıran yorumların filtrelenmesini sağlayan mekanizmaları kurup kurmadığını tartışmıştır. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.45)

AİHM, Delfi'nin portalda bazı dikkate değer tedbirler aldığını kabul etmektedir. Buna göre örneğin yorumlardan onu yazan kişilerin sorumlu olduğuna ilişkin uyarı yazısı konmuş, hakaret veya tehdit içeren, nefret veya şiddet içerikli ya da müstehcenlik barındıran yorumların yazılamayacağına ilişkin uyarı yazısı sisteme eklenmiştir. Ayrıca sitedeki uygunsuz içeriğin bildirilmesini sağlayan bir buton ile kullanıcılar uygunsuz içeriği moderatörlere bildirebilmektedir. Keza bazı yorumlar moderatörler tarafından kendiğinden de silinebilmektedir. Öte yandan, belirli sözcük gruplarını tarayarak, küfürlü sözcüklerin kökenlerine dayalı tarama sistemiyle, o sözcüğü tespit edip sistemden otomatik şekilde silen bir program da portalda bulunmaktaydı. Bu gerekçeyle AİHM Delfi'nin kullanıcılara zarar vermeme yükümlülüğünü bütünüyle ihmal etmediğine dikkat çekmektedir. Ancak Delfi'nin kullandığı otomatik filtreleme programı çok açık ve çirkin nitelikteki nefret ve şiddet söylemlerine ilişkin ifadeleri tespit edememiştir. AİHM, ifadelerin mecazi olmadığını, gizli anlamlar ya da üstü kapalı, imalı anlamlar içermediğini yineleyerek, L'nin kişilik haklarını açıkça ihlal eden sözcüklerin tespitinde programın yetersiz kaldığına hükmetmiştir. AİHM'e göre bu tür programlar çoğu kez kullanışlı olsa da huzurdaki olayda filtrenin Sözleşme'nin 10'uncu maddesi anlamında himaye görmeyen sözcük gruplarını tespit etmede yetersiz kalmasından ötürü bu tür yorumların 6 hafta boyunca portalda kaldığını ifade etmiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.46, p. 47)

AİHM, bu tespitinden hareketle, bazı yorumların portal yöneticileri tarafından kendi insiyatifiyle kaldırdıklarına işaret ederek, huzurdaki davada yaşanan olaylardan sonra başvurucu şirketin özel bir moderatör ekibi kurduğunu ifade etmiştir. AİHM, Delfi gibi büyük bir haber portalının mevcut davadaki gibi nefret söylemi ile şiddet içeren söylemlerin yayılmasını sınırlandırmaya yönelecek etkili tedbirler alma yükümlülüğünün hiçbir şekilde "özel medya kuruluşlarına uygulanacak sansür" ile aynı koşullarda değerlendirilemeyeceğini de belirtmektedir. AİHM, İnternet'in "halkın habere erişiminin arttırılması ve genel olarak bilginin yayılmasının kolaylaştırılması" konusundaki "önemli rolünü" Ahmet Yıldırım Kararı'nın 48 ve Times Newspapers Ltd kararı'nın 27'nci maddelerine atfen tekrar hatırlatırken, İnternet'teki içerik ve ve iletişimin ortaya çıkardığı zarar tehlikesine de Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel Kararı'nın 63; Mosley Kararı'nın 130'uncu paragraflarına atfen yinelemektedir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.47)

AİHM'e göre bazı durumlarda (örneğin birtakım kişilerden oluşan bir gruba yöneltilen nefret söylemi ya da somut olaydaki bazı yorumlarda açıkça ifade edildiği şekilde doğrudan şiddete teşvik eden söylem gibi) kimliği saptanabilen bireysel bir mağdur olmayabilir. Bireysel mağdurun bulunması durumunda ise bu mağdur, haklarının ihlal edildiğini İnternet servis sağlayıcısına bildirmekten de alıkonabilir. AİHM, potansiyel olarak nefret söylemine maruz kalma tehlikesi taşıyan kişilerin sürekli olarak İnternet'i kontrol etme yükümlülüğü altına sokulamayacağına, buna karşın büyük bir ticari İnternet haber portalının bu tür haber ve yorumları engelleme olanağının ise kullanıcıya göre daha kolay olduğuna hükmetmiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.48, p. 49)

AİHM, başvuran şirket tarafından uygulanan uyar-kaldır yönteminin etkililiğini de tartışmış ve bu sistemin aslında derhal müdahale edilmesini gerektiren etkili usullerle birlikte uygulandığında etkili bir sitem olduğunu fakat huzurdaki dava gibi olaylarda, yani nefret veya şiddet söylemi içeren yorumlar nedeniyle başvuruya gerek kalmadan kaldırma gerektiren durumlar söz konusu ise, uyar-kaldır yönteminin varlığına rağmen, İnternet haber

portallarına yorumları kendiliklerinden kaldırmadıkları için, toplumun ve bireylerin çıkarlarının korunması adına sorumluluk yüklenmesini Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlali sayılmamıştır. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.48, p. 49)

AİHM'e göre şirketin zarar gören kişiye manevi tazminat olarak ödediği 320 Avro'nun şirketin Estonya'nın en büyük İnternet ve profesyonel haber portallarından biri oluşu da gözetilerek, yerel mahkemelerce tespit edilen ihlalle orantılı olduğu görüşündedir. Ayrıca AİHM, Estonya'daki sonraki benzeri yargılamalarda İnternet özneleri aleyhine tazminata hükmedilmediğine, davaların yalnızca içeriklerin kaldırılması ile sonuçlandığına da dikkat çekmiştir. Öte yandan AİHM, Delfi'nin iş profilini değiştirmek zorunda kalmadığına ve hatta İnternet sitesindeki yorumların sayısının artmaya devam ettiğine, yorumların pekçoğunun anonim olduğuna, Delfi'nin yargılama sonrasında da Estonya'nın en büyük İnternet haber portallarından birisi olma özelliğini sürdürdüğüne işaret ederek, Delfi'nin yorumları izlemek için özel bir moderatör ekibi kurduğu da gözetildiğinde, başvurucu şirkete yapılan müdahalenin orantısız olmadığına karar vermiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.50, p.51)

2.4.2.1.4. AİHM'in Nihai Hükmü

AİHM, sonuç olarak söz konusu yorumların aşırı niteliği, bu yorumların başvuran şirket tarafından ticari amaçla işletilen ve profesyonel olarak yönetilen bir haber portalındaki makaleye tepki olarak yayınlanması, nefret ve şiddet içeren söylemlerin kaldırılmasına ilişkin başvurucu şirketin aldığı önlemlerin yetersizliği ile başvuran şirkete uygulanan yaptırımın orantılı oluşu ile Davalı devlete tanınan takdir payını da gözeterek, yerel mahkemelerin başvuran şirketi sorumlu tutmalarına ilişkin kararlarının yeterli gerekçelere dayandığına; bundan ötürü Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlal edilmediğine ikiye karşı on beş oyla karar vermiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.52, p.53)

Karara karşı Yargıçlar Sajó ve Tsotsoria ise karara karşı müşterek muhalif görüş öne sürmüşlerdir. (Muhalif görüşler aşağıda kararın yorumlandığı başlıkta değerlendirilmektedir.)

2.4.2.2. Kararın Analizi

Yukarıda geniş özeti verilen Delfi Kararı hakkında aşağıdaki yorumlarda bulunmak mümkündür:

1-) Delfi Kararı ile Büyük Daire Estonya Yüksek Mahkemesi'nin kararını aynen tekrar etmiş, Yüksek Mahkeme'nin kararına yeni bir bakış açısı veya yorum getirmemiştir. Bu yönüyle AİHM'in bir ulusal temyiz merciinin kararını aynen benimseme "kolaycılığını" seçtiği söylenebilir.

2-) Gerek Yüksek Mahkeme'nin gerekse Büyük Daire'nin kararında Delfi'nin neden içerik sağlayıcı olduğu taminkâr bir gerekçe ile açıklanamamıştır.

Delfi'nin içerik sağlayıcı oluşu ile portaldaki yorumculara yorumlarını silme hakkının tanınmaması arasında bağlantı kurulmuştur. Başka bir deyişle Delfi, yorumculara kendi yorumlarını silme veya yorumları değiştirme hakkı vermeksizin, bu yorumlar üzerinde denetleyici konumda olduğu için içerik sağlayıcı olarak kabul edilmiştir. Oysa, içerik sağlayıcı olmaktaki ölçüt Estonya Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nun 10'uncu maddesine göre içerikleri oluşturmaktır. Ne var ki AİHM tarafından bu mevzuata dayanılmamış, Estonya Medeni Kanunu hükümlerinin olayla ilgili olduğu savunulmuş ve yerel mahkemenin bu mevzuatı gerekçe gösteren kararı dikkate alınmamıştır. İçerikleri oluşturan kişi içerik sağlayıcıdır. İçerik bir kez oluşturulduktan sonra bir daha silinememesi veya değiştirilememesi ise tamamen teknik bir konudur. [("*Bilgi depolama sağlayıcısının içerik oluşturması durumunda, Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu'nun uygulanamaz olması mümkündür. Ancak, bu durum kanıtlanmalı ve ayrıca öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, mevcut davadaki servis sağlayıcı dava konusu içeriği oluşturmamıştır: söz konusu içerik kullanıcı tarafından oluşturulmuştur. Veri depolamanın ticari niteliğinin, söz konusu faaliyeti yayıncılara uygulanabilen sorumluluk sistemi alanına soktuğunu ileri sürmek ikna edici*

değildir. Depolama ticari bir faaliyet olarak görülmektedir; ancak bu durum, "güvenli bir liman" sistemine olanak sağlayan Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu açısından eşitliği değiştirmemektedir." (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın müşterek muhalif görüşü, p.17)]

AİHM ise, bu yerleşik kurala "kendince" yeni bir ölçüt getirerek, bir kimsenin içerik sağlayıcı olması için o yorumu değiştirme/ kaldırma hakkına da sahip olması gerektiğini belirtmiştir. (p.74). [(*"Delfi'nin gazetecilik faaliyetleri içerisinde yer aldığı ve yorum alanı açılmasının haber portalının bir parçasını oluşturduğu hususunu kabul eden ulusal mahkemelerin bu konudaki görüşüne tamamen katıldığımızı belirtmek isteriz. Bununla birlikte, haber portalı düzenlenmemiş yorumların yazarı değildir. Ayrıca, en azından Dairenin görüşüne göre (bk. Daire kararının 86. paragrafı), tartışma "kısmen" kamu menfaati ile ilgilidir."* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın müşterek muhalif görüşü, p.11)]. AİHM'e göre huzurdaki dava, büyük, profesyonel olarak yönetilen, ticari temelde faaliyet gösteren, kendi haber ve makalalelerini yayınlayan ve okuyucularını bu haberlere yorum yapmaya "davet eden" bir İnternet portalıyla ilgili olup; İnternet haber portallarının ekonomik amaçlar çerçevesinde daha önce yayınlanan içerik üzerine kullanıcıların yorumda bulunmalarını sağlayan bir platform oluşturmaları ve –kimliği bilinen ya da bilinmeyen- bazı kullanıcıların, başkalarının kişilik haklarını ihlal eden ya da bu kişilere yönelik nefret söylemi ya da şiddete teşvik teşkil eden açıkça hukuka aykırı söylemlerde bulunmaları halinde, Sözleşme'nin 10/2 maddesi kapsamındaki "görev ve sorumlulukları" ile ilgili sorumluluklarını da gerektirmektedir. Öte yandan AİHM'e göre yorumlar ağırlıklı olarak nefret ve şiddet söylemi içerdiği için ayrıca dilbilimsel veya hukuki incelemeye gerek duyulmadan konunun incelenmesi de mümkündür. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.6, p.7, p.8)

AİHM, Estonya Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki hatalı yorumunu aynen benimsemiştir. Oysa burada önemli olan, biraz yukarıda da ifade edildiği gibi, yorumun değiştirilip kaldırılması değil, yorumun oluşturulmasıdır. Aksi

halde, olayda olduğu gibi AİHM'in (veya başka bir mahkemenin) içtihadı ile yerleşik yasal kavramlar farklı anlamlara gelir şekilde yorumlanabilecektir. Bu durumun hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleriyle örtüşmediği söylenebilir.

AİHM tarafından benimsenen bu yorumun sonraki kararlara da sirayet etmesi durumunda ortaya çok tehlikeli bir durum çıkabilecektir. Artık hiçbir yer sağlayıcı veya haber sitesi İnternet portallarına yorum seçeneği açmayacaktır. [("*Her türlü karalama fiilinin ve belki "yasadışı" faaliyetlerin önlenmesi adına, tüm yorumlar yazılır yazılmaz denetlemeye tabi tutulmak zorunda kalacaktır. Sonuç olarak, aktif aracılar ve blog operatörlerinin yorum özelliği sunmaya son vermek bakımından birçok nedenleri olacaktır. Ayrıca, sorumluluk korkusu operatörler tarafından ek oto sansür uygulanmasına yol açabilir. Bu en kötü ihtimalle oto sansüre bir davetiyedir."* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın müşterek muhalif görüşü, p.1)].Çünkü yazılan yorumlardan ötürü, uyarı yazısı koymalarına, moderatörlerle sürekli olarak yorumları denetlemelerine, uygunsuz içeriğin bildirilmesi için bir buton koymalarına hatta otomatik filtre sistemini uygulamaya koymalarına rağmen, başkalarının oluşturduğu hukuka aykırılık taşıyan içerikler nedeniyle mahkum olacaklardır. [("*Mahkeme, "bir kişi tarafından yapılan açıklamaların yayınlanmasına yardım ettiği gerekçesiyle bir gazetecinin cezalandırılmasının, basının kamu menfaatine ilişkin konuların tartışılmasına yönelik katkısına engel olacağını ve önemli gerekçeler olmadan bu yönde bir işlemin öngörülmemesi gerektiğini" kaydetmiştir (bk. Jersild / Danimarka, 23 Eylül 1994, § 35, Seri A no. 298). Mahkeme belirtilen hususu ilgili bir ilke olarak görmüştür; bunun, haber portalları ve aktif aracılar da dahil olmak üzere basın açısından önemli olduğu konusunda hemfikiriz. Ancak, bu ilke kararda hiç ele alınmamıştır*." (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın müşterek muhalif görüşü, p.39)]

Bu yöndeki kabul, ifade özgürlüğünün de ciddi anlamda ihlal edilmesinin önünü açabilecektir. AİHM'in gerekçesinde ve bugüne kadarki yerleşik içtihadında fikirlerin uçta, şok edici, rahatsız edici, kabul edilemez, sarsıcı da olsa korunması gerektiği vurgulanmışsa da bundan sonra yer

sağlayıcılar hukuki/ cezai sorumluluk altına girmemek adına yorum seçeneği açmama yolunu tercih edecekler ve bu da bir tür "otosansür" uygulaması anlamına gelecektir. [(*"Mahkeme, Estonya Yüksek Mahkemesi'nin standardını, yani aktif aracıların -uyarı ya da gerçek bilgiyle bağlantılı diğer nedenleri beklemeksizin- yorumlar yayınlandıktan sonra "vakit kaybetmeden" yorumları silmeleri gerektiğini (bk. kararın 153. paragrafı) teyit etmiştir. Bu nedenle, aktif aracılardan ön sınırlama uygulamaları beklenmektedir. Bununla birlikte, üye Devletler de benzer yaklaşım sergilemek zorunda bırakılacaklardır; zira aksi halde, mevcut kararın mantığına göre, yorumlar nedeniyle hakarete maruz kaldığını hisseden kişilerin haklarına yönelik uygun bir koruma bulunmamaktadır. Sorun çıkmaması adına aktif aracılar için güvenli liman sadece yorumların engellenmesi olacaktır.* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın müşterek muhalif görüşü, p.8) *"Sosyal medya operatörleri halihazırda, "bildirilen" site ve iletilerin yasaklanmasına yönelik bir politikaya imkan tanıyarak, konuya ilişkin ciddi bir inceleme gerçekleştirmeden sansür konusunda kurumsallaşmışlardır. Facebook tarafından benimsenen politika, trol (internet ortamında saçma, rahatsız edici ya da can sıkıcı bilgiler vererek ortamı bozan kişi) zihniyet açısından başka bir zaferdir. Facebook'un, kullanıcı tarafından uygulanan (tüm) sansürün yasal bir çerçevede gerçekleşmesini gerektirdiği ve bunun hizmet sağlayıcılara İletişim Uygunluk Yasası 230 (a) (Communications Decency Act) uyarınca muafiyet sağladığı belirtilmelidir. Muafiyet olmadığında ne olacağını bir düşünün.)"* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın müşterek muhalif görüşü, p.8, dipnot: 8)]

Diğer taraftan içerik sağlayıcı kavramının kapsamının genişletilmesi yer sağlayıcı şirketleri ciddi tazminat tehditleriyle de karşı karşıya bırakabilecektir. Özetle karar, içerik sağlayıcı kavramının yorumunu yerleşik ilkelere aykırı biçimde yorumladığı için ciddi sorunların ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Kararın, İnternet öznelerinin sorumluluğunu yorumlayan ilk karar oluşu, önemini de arttırmaktadır.

3-) Karar, Ahmet Yıldırım Kararı'nın 61'inci paragrafındaki tespitle de çelişmektedir. Zira 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10)

Kararı'nın 61'inci paragrafında, 5651 Sayılı Kanun'un 5'inci (ve buna bağlı olarak 8'inci) maddesinin içerik olarak "uyar-kaldır" sistemine izin vermediği şu gerekçelerle ifade edilmiştir:

> *"Ayrıca, dosya kapsamındaki hiçbir doküman, 5651 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. paragrafı uyarınca Google Sites isimli yer sağlayıcısına bünyesinde illegal içerikli başka bir siteyi barındırdığının bildirildiğini ve bu sitenin de hakkında ceza soruşturması yürütülen (illegal içerikli) İnternet sitesine ilişkin verilen tedbir kararına uymayı reddettiğini göstermemektedir."* [(http:// inhak. adalet. gov.tr/ ara / karar/ahmetyildirim.pdf Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı (18.12.2012 T., 3111/10) (Erişim Tarihi: 01.08.2013)]

Oysa kararda da ifade edildiği üzere, Delfi, L'nin avukatı tarafından uyarılmıştır. Bunun üzerine de içeriği derhal kaldırmıştır. (Ancak bu uyarı yapılana karar yorumlar 6 hafta boyunca portalda kalmıştır.) Yıldırım Kararı'nın 61'inci paragrafına göre ise yer sağlayıcı olan Google'a bünyesindeki başka bir İnternet sitesinin hukuka aykırı içeriği hakkında bilgilendirildiğinin ifade edilmediğini söyleyerek, yer sağlayıcının sorumluluğunun başlaması için bilgilendirilmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Yıldırım Kararı'nda uyarı yoluna gidilmeden doğrudan doğruya Google bloglarına erişim yasağı konması orantısız bulunmuş ve mahkumiyet gerekçelerinden birini oluşturmuşken, Delfi Kararı'nda, üstelik de uyarı sonrasında Delfi hukuka aykırı içeriği kaldırmış olmasına rağmen cezalandırılmıştır. AİHM de iç hukuktaki bu tasarrufu Sözleşme'nin 10'uncu maddesindeki meşru amaçla, demokratik toplumun gerekleri ile bağdaşık bulmuştur. [(*"Standart bir sorumluluk davasında, mağdurun katkısı değerlendirme konusudur. Delfi, hukuka aykırı içeriğin altı hafta boyunca yayında kalmasından sorumlu tutulmuştur. L. ve şirketi neden ekonomik faaliyetlerine ilişkin olarak oldukça önemli bir haber portalında yayınlanan bir makaleyi takip edip söz konusu yorumları daha önce bildirmemiştir?"* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın müşterek muhalif görüşü, p.36, dipnot: 21)]

Her ne kadar iki karar konu ve içerik bakımından birbirinden farklı olsa da konu yukarıdaki bakış açısıyla değerlendirildiğinde, birbirine yakın tarihli iki karar arasında bu açıdan bir çelişki bulunduğu ifade edilebilir.

AİHM'in bu yorumu, uyar-kaldır yöntemini etkisizleştirecektir. Artık herkes, uyar-kaldır yöntemine başvursa ve içeriği bu şekilde kaldırtsa dahi ardından tazminat davası açabilecektir. Kaldı ki olayda Delfi'nin gereken her türlü önlemi aldığı; otomatik filtreleme yöntemi ile hukuka aykırı içeriği engellediği, hukuka aykırı içeriğin ihbarı için ayrı bir buton koyduğu, özel görevlileriyle içeriği denetlediği anlaşılmaktadır. Bunu mahkeme de 86, 87, 88 ve 90 numaralı paragraflarında kabul etmişse de Delfi'yi esas olarak yorum yazan kişilere yazdıkları yorumları sonradan silme/değiştirme olanağı tanınmaması ve "misafir" adıyla isimsiz yorum yazılmasına izin vermesinden mahkum etmiştir.

Nitekim AİHM, gerekçesinde (p.50), uyar-kaldır yönteminin aslında etkili bir yöntem olmasına rağmen içerik/yer sağlayıcının somut olaydaki gibi durumlarda, bu yöntemi diğer ek önlemlerle birlikte kullanması gerektiğine işaret ederek, uyar-kaldır uyulamasının yanında ek önlem almayan özneleri hukuken sorumlu tutmuştur:

> *" Mahkeme son olarak, başvuran şirketin (bk. yukarıda 78. paragraf), uygulamaya koyduğu uyar ve kaldır sistemine Mahkemenin gereken önemi göstermesi gerektiğini ama göstermediğini ileri sürdüğünü gözlemlemiştir. Mahkemeye göre bu sistem, derhal müdahale edilmesine olanak sağlayan etkin usullerle birlikte kullanıldığında, ilgili tüm tarafların hak ve menfaatlerinin dengelenmesi bakımından birçok durumda uygun bir araç işlevi görebilir. Bununla birlikte, somut dava gibi davalarda, yani Mahkeme içtihadından anlaşıldığı üzere kullanıcılar tarafından oluşturulan yorumların nefret söylemi ve bireylerin fiziksel bütünlüğüne doğrudan tehdit şeklinde olduğu durumlarda (bk. yukarıda 136. paragraf), Mahkeme, yukarıda da belirtildiği üzere (bk. 153. paragraf), internet haber portallarının -mağdur olduğu iddia edilen kişi ya da üçüncü taraflardan bildirim olmaksızın- açıkça hukuka aykırı olan yorumları*

derhal kaldırmaya yönelik tedbirler almamaları durumunda, başkalarının ve bir bütün olarak toplumun hak ve menfaatlerinin Sözleşme'ye taraf Devletlere Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde, internet haber portallarına sorumluluk getirme hakkını verebileceğini değerlendirmiştir." [Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.50]

Kararda ayrıca, Delfi'nin misafir yorumlarına izin vermesinin IP adreslerinin tespiti halinde bile adı geçen kişilere ulaşmadaki güçlük nedeniyle, kişilik hakları ihlal edilenler adına yeterli bir güvence oluşturmayacağına değinilmiştir.

Bu da hukuken sakıncalı sonuçlara yol açabilecek bir yorumdur. Bundan sonra yer sağlayıcıların artık log kaydı tutmasının da şu halde anlamı yoktur. Tutmasına gerek de yoktur. Nasıl olsa yorum yazanlara ceza/tazminat çıkmamaktadır.

Delfi Kararı'nın 39'uncu paragrafında AİHM'in anonimlik hakkına ilişkin yorumu, İnternet öznelerinin anonimlik hakkını tanıması durumunda zor durumda kalabileceklerini düşündürmektedir:

"Bir servis sağlayıcısı aynı zamanda kullanıcılarına oldukça geniş ölçüde anonimlik sağlayabilir; bu durumda, kullanıcıların kimliklerini belirtmelerine gerek duyulmamaktadır ve bu kullanıcılar, internet erişim sağlayıcılarının elinde bulunan bilgiler aracılığıyla – sınırlı ölçüde- izlenebilir konumda olurlar. Bu tür bir bilginin verilmesi, soruşturma ya da yargı makamlarının bir kararını gerektirmekte olup, kısıtlayıcı şartlara tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte, bazı durumlarda faillerin kimliklerinin tespit edilmesi ve kovuşturulmaları için gerekli olabilir." [Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.39]

Karardaki yoruma göre, "misafir" rumuzuyla yoruma izin verilmemesi "anonimlik hakkı"nın kullanılamaması gibi bir sonuç doğurabilecektir. [(*"Şeref, haysiyet veya özel yaşamı ihlal eden bir açıklamadan dolayı eser sahibinin sorumlu tutulabilmesi için onun belli olması gerekir. Eğer, eser sahibi belli değilse, açıklamadan dolayı sorumlu olan diğer müteselsil sorumlu*

kişiler (sorumlu müdür, süreli yayın sahibi) aleyhine dava açılabilir. Eser sahibinin belli olmamasının en çok görülen şekli anonim yazılardır. Anonim (anonym), failinin tanınmadığı ve günlük dilde isimsiz olan fiil ve işlemleri ifade eder." (Kılıçoğlu, 2013, 480)].Anonimlik hakkı günümüzde kural olarak yazılı basın (süreli yayınlar) için kabul edilmekle birlikte, İnternet haberciliği açısından da önemli bir haktır. (Baştürk, 2011, 299)

İsviçre Ceza Kanunu'nun 27/b.3 maddesi, sorumlu müdürlere eser sahibini anonim (gizli) tutma hakkı tanımıştır. Bu hak yalnızca gazete ve dergilerle sınırlı olark tanınmış ve yazarların ismini açıklamayan sorumlu yazı işleri müdürünün veya diğer basın mensuplarının buna zorlanamayacağı benimsenmiştir. (Kılıçoğlu, 2013, 481)

Konu yakın geçmişte ABD'de de tartışılmıştır. Bir habere göre Manhattan Yüksek Mahkemesi tartışmalı bir karara imza atarak, Google şirketinin, anonim bir blog yazarı olan Rosemary Port'un 'maskesini düşürmesi' yönünde karar vermiştir. Hakim, Port'un *"Bloglar, ateşli konuşmalar ve ağır hakaret de dahil olmak üzere kişisel fikirleri yaymak için modern çağımızın forumları vazifesini görmektedir ve zaten mutlak gerçeği göstermek gibi bir amaçları yoktur."* şeklindeki iddialarını reddetti. [(*"Anonimlik Herkes için Bir Hak Mıdır?",* Makale, http://www.internetlawturkey.com/?p=44 (Erişim Tarihi: 08.09.2015)9

Olay, anonim bir blogda Liskula Cohen isimli bir mankenin 29 yaşındaki moda bölümü öğrencisi olan Port tarafından gizli bir rumuzla "kaltak" diye aşağılanması ve uygunsuz resimlerinin yüklenmesi üzerine Cohen'in başvurusu ile mahkeme kararı üzerine Google tarafından Port'un kimliğinin ifşa edilmesi sonucunda Port'a dava açılması ile tartışılmıştır. Port'un 'NYC'deki sürtükler' sitesinde 37 yaşındaki Cohen'den 'yaşlı ve çirkin bir kadın' olarak bahsedildiği de kararda ifade edilmektedir. [(*"Anonimlik Herkes için Bir Hak Mıdır?",* Makale http://www. internetlaw turkey.com/?p=44(Erişim Tarihi: 08.09.2015)]

Port, özel yaşamın gizliliği hakkının ihlal edildiğini düşünen Port'a göre Dolar milyarderi bir holdingin tüm kullanıcılarının haklarını koruması gerekmektedir. Ancak Google'ın avukatları hiçbir uyarıya gerek olmaksızın

mahkemeden gelen yazı üzerine Port'un kimliğini ifşa etmişler ve konu basına yansımıştır. [(*"Anonimlik Herkes için Bir Hak Mıdır?"*, Makale http://www.internetlawturkey.com/?p=44 (Erişim Tarihi: 08.09.2015)]

Port'un avukatı, davada Google şirketini "Port'un anonim kalma beklentisini koruma konusundaki güvene dayalı sorumluluğuna aykırı hareket ettiği için" suçlayacaklarını ve süreci yüksek mahkemeye kadar taşımaya hazır olduklarını ifade etmiştir. Port, anonim kalma hakkının korunması gerektiğine zira bu hakkın korunmaması durumunda kimliği ifşa edildiği için tehditlere maruz kaldığına şöyle dikkat çekmiştir:

> *"Anonim kalma hakkı korunmak zorunda: internetteki web sayfalarında pek çok insan şu anda bana saldırıyor ve fakat bu insanların hepsinin de düşünce özgürlüğü ve anonimlik hakkına sahip oldukları kesin."* [("*Anonimlik Herkes için Bir Hak Mıdır?", Makale http://www.internetlawturkey.com/?p=44 (Erişim Tarihi: 08.09.2015)*]

Türkiye'de ise 5680 Sayılı (eski) Basın Kanunu'nun 11/3 maddesinde 11/3 maddesinde sorumlu müdürlere, eser sahipliğinin belli olmamasını doğuracak biçimde, eser sahiplerinin isimlerini gizli tutma hakkı dolaylı da olsa tanınmıştır. [(Kılıçoğlu, 2013, 482. " *Maddede sınırlı bir ifade kullanılmadığından bu hak sadece ceza sorumluluğu yönünden değil, hukuksal sıorumluluk için de kabul edilmelidir."* (Kılıçoğlu, 2013, 482)] 5187 Sayılı (Yeni) Basın Kanunu ise sorumlu müdürlerin süreli yayın yoluyla işlenen haksız fiillerden dolayı hukuksal sorumluluğuna yer vermemiştir. [(Kılıçoğlu, 2013, 484) "*Bu durumun önemli bir sonucu olarak, sorumlu müdürlerin anonim yazılardan dolayı ortaya çıkan zararlardan da hukuken sorumlu tutulması gündeme gelemeyecektir."* (Kılıçoğlu, 2013, 484)] .Bundan ötürü TTK 58/1-c hükmü (haksız rekabet) dışında hukukumuzda anonimlik hakkının henüz kabul edilmediği söylenebilir. (Baştürk, 2011, 299)

Her ne kadar AİHM, aşağıda aktarılan paragrafında anonimlik hakkının İnternet kullanıcılarının düşüncelerini ifade etmesi bakımından çok önemli olduğuna değinmişse de bunu sağlamak amacıyla "misafir" takma adıyla yorum yapılmasına olanak tanıyan Delfi'yi bu gerekçe ile de mahkum eden Estonya Yüksek Mahkemesi'nin kararını Sözleşme'nin 10'uncu maddesine

aykırı bulmayarak, İnternet'teki anonimlik hakkının kullanılmasını da tehlikeye atmıştır:

> *" Mahkeme, mevcut dava gibi bir davada yorumların gerçek yazarlarının sorumluluklarının, internet haber portalının sorumluluklarına makul bir alternatif teşkil edip etmeyeceği sorusuyla bağlantılı olarak, internet kullanıcılarının kimliklerinin ifşa edilmemesindeki çıkarlarını önemsemektedir. Anonimlik uzun bir süredir misillemelerden ya da istenmeyen ilgiden kaçınmanın bir aracı olarak kullanılmaktadır. Bu itibarla anonimlik, özellikle de internette, düşüncelerin ve bilgilerin serbest akışının önemli bir ölçüde artmasını sağlayacak niteliktedir."* [Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.38]

Bu gerekçeye göre, birkaç paragraf yukarıda da değinildiği üzere, haber portalları artık kullanıcılarına "misafir" takma adıyla yorum yapma olanağı tanımama eğilimine girebilecektir. Aksi durum, haber portallarının "misafir" takma adıyla yorum yapılmasına izin vermesi nedeniyle onları sorumlu kılabilecektir. Bundan ötürü de haber portalları, üyelik için ad-soyad ve e-posta adresinin girilmesini zorunlu tutacaktır. Bu da güncel bir olay hakkında "misafir" rumuzuyla yorumda ya da eleştiride bulunmak isteyen fakat herhangi bir nefret veya şiddet söyleminde bulunmayacak olan kişilerin, kendilerine dava açılmasından yahut kendilerine ya da ailelerine yaptıkları yorumlardan ötürü zarar gelmesinden çekinecekleri için yorum yapmamaya sevk edecektir. Bu da bir tür oto sansür demektir. Kararın, gerekçesi bu yönüyle de hatalıdır.

Karar gerekçesinin devamında Google İspanya-Google Kararı'na atıfta bulunarak şöyle denmiştir:

> *"Ayrıca Mahkeme bu bağlamda, Avrupa Birliği Adalet Divanının yakın tarihli Google İspanya ve Google davasındaki kararına atıfta bulunmuştur. Söz konusu davanın farklı bir bağlamda yer almasına karşın, belirtilen mahkeme söz konusu davada, bir kişinin özel hayatına ciddi bir müdahale içeren bilgilerin uzun bir süre*

internette yer almasına yönelik sorunu incelemiş ve ilke olarak bireyin temel haklarının, arama motoru operatörünün ekonomik çıkarlarından ve diğer internet kullanıcılarının çıkarlarından daha önemli olduğuna karar vermiştir."

Zira AİHM, kararın gerekçesinde anonimlik hakkının derecelerinin bulunduğunu ve kişilik hakları ihlal edilen mağdurların faile ulaşmasının sağlanması için anonimlik hakkının IP numarası veya e-posta adresiyle de desteklenmek yoluyla tanınması gerektiğini, bunda da sorumluluğun yer/içerik sağlayıcıya ait olduğunu şöyle ifade etmektedir:

"Mahkeme, internette farklı anonimlik derecelerinin mümkün olduğunu kaydetmiştir. Bir internet kullanıcısı kamunun büyük çoğunluğuna anonim olabilirken, aynı zamanda ya doğrulanmamış ya da onaya tabi tutulabilen –sınırlı doğrulamadan (örneğin, bir hesabın e-mail adresi ya da sosyal ağ hesabı üzerinden aktif hale getirilmesi) kişinin çok daha güvenli kimliğe sahip olmasına olanak sağlayan ulusal elektronik kimlik kartları ya da online bankacılık kimlik denetimi kullanımı aracılığıyla güvenli yetkilendirmeye kadar uzanabilir- bir hesap ya da iletişim verisi aracılığıyla bir servis sağlayıcı tarafından kimliği belirlenebilir. Bir servis sağlayıcısı aynı zamanda kullanıcılarına oldukça geniş ölçüde anonimlik sağlayabilir; bu durumda, kullanıcıların kimliklerini belirtmelerine gerek duyulmamaktadır ve bu kullanıcılar, internet erişim sağlayıcılarının elinde bulunan bilgiler aracılığıyla –sınırlı ölçüde- izlenebilir konumda olurlar. Bu tür bir bilginin verilmesi, soruşturma ya da yargı makamlarının bir kararını gerektirmekte olup, kısıtlayıcı şartlara tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte, bazı durumlarda faillerin kimliklerinin tespit edilmesi ve kovuşturulmaları için gerekli olabilir." [Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.39]

AİHM, bu çıkarımını K.U-Finlandiya Davasındaki tespitleriyle kıyaslayarak (p.40) İnternet'teki anonimlik hakkının kişilerin nefret söylemine maruz kalmaları durumunda korunmaması gerektiğine işaret etmiştir:

"Bu nedenle Mahkeme, bir çocuğa yönelik cinsel nitelikli "kötü niyetli yanlış beyan" suçuna ilişkin K.U. / Finlandiya davasında, "ifade özgürlüğü ve iletişimin gizliliğinin esas dikkate alınacak hususlar olduğunu ve telekomünikasyon ve internet hizmeti kullanıcılarına, mahremiyetlerine ve ifade özgürlüklerine saygı gösterileceğine dair bir güvence sağlanması gerektiğini, ancak bu güvencenin mutlak bir nitelik taşıyamayacağını ve kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi diğer meşru zorunlulukların ortaya çıkması halinde, söz konusu güvencenin ortadan kaldırılması gerektiğini" kaydetmiştir (bk. K.U / Finlandiya, no.2872/02, § 49, AİHM 2008). Söz konusu davada, başvuranın servis sağlayıcısından tazminat almasının mümkün olduğu yönündeki Hükümet argümanı, davanın koşulları kapsamında bunun yeterli olmadığını kaydeden Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Mahkeme, gerçek failin tespit edilmesini ve mahkeme önüne çıkarılmasını sağlayacak bir hukuk yolu olması gerektiğini, ancak söz konusu dönemde davalı devletin düzenleyici çerçevesinin, söz konusu amaç çerçevesinde gerekli bilgileri açıklaması amacıyla internet servis sağlayıcısına talimatta bulunma imkânı sağlamadığını kaydetmiştir (aynı karar, §§ 47 ve 49). K.U / Finlandiya davasının ulusal hukuk uyarınca cezai alandaki bir suç olarak sınıflandırılan ve mağdurun özel hayatına mevcut davaya nazaran daha kapsamlı müdahale içeren bir ihlal ile ilgili olmasına rağmen, Mahkemenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere, önemli bir değer olmasına karşın internette anonimlik diğer hak ve çıkarlar karşısında dengelenmelidir." [(Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.40)]

Şu halde AİHM, İnternet'ten ifade özgürlüğünün önemli unsurlarından biri olan anonimlik hakkı ile bireylerin temel haklarından olan kişiliğin korunması arasındaki dengede, kişiliğin korunmasını üstün görmüştür. Gerekçe yalnızca nefret, şiddet veya ırkçılık içeren yorumlar bakımından kabul edilebilirse de biraz yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, haber portalları bundan böyle anonim kalınarak yapılacak olan yorumların nefret, şiddet veya ırkçılık söylemi içerip içermeyeceğini önceden bilme olanakları bulunmadığını ve

kendilerine yorumların önceden denetlenmesi gibi ağır bir yük yüklenmesi gerekçeleriyle anonimlik hakkını tanımamayı seçebilecektir. Karar, bu nedenle İnternet'ten ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı bir sonuç doğurabilir.

Delfi'nin savunmasındaki (p.57) yasaya aykırı yorumlar hakkında bilgilendirilmeden önce haberinin olmadığı, böyle bir yükümlülüğünün de bulunmadığı, uyarıdan sonra zaten yorumları kaldırdığı; gereken teknik önlemleri de alarak gayretli bir operatörün yapması gerekenleri yaptığı, bu nedenle verilen cezanın demokratik toplumda gerekli olmadığına ilişkin savunması da kararda dikkate alınmamıştır.

Delfi'nin yasa dışı yorumları teknik olanaklarla düşürme çabasında olmalarının yorumlardan sorumlu tutulacakları anlamına gelmediği; aksinin kabulü durumunda bu konuda hiçbir çaba harcamayan operatörlere cesaret, çaba harcayan operatörlere ise ceza verilmiş olacağına dair 56'ncı paragraftaki savunması da mantıklı ve hukuki olduğu halde mahkeme bunu da değerlendirmiş değildir. Bu karardan sonra gerçekten de içerikleri kaldırma yönünde gayret gösteren operatörler buna rağmen ceza almaya başlayabilir.

AİHM'in bu yöndeki yorumu sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Zira karardaki gerekçeye göre bir yer sağlayıcının, barındırdığı müstehcen içerik taşıyan İnternet sitelerinin içeriklerinden sorumlu olma tehlikesi dahi ortaya çıkmıştır. Oysa yer sağlayıcı müstehcen/ pornografik içeriği yalnızca barındırmaktadır. Bu da suçta ve cezada kişisellik gibi temel bir ilkenin ihlali tehlikesini ortaya çıkarabilecektir. Zira Delfi örneğinde yorumu Yorumu başkası yaptığı halde, cezayı yer sağlayıcı almıştır.

3-) Karar, yer sağlayıcının sorumluluk alanını çok genişletmektedir. Yer sağlayıcıyı sürekli ve etkin bir önsel denetime zorlamaktadır.

AİHM, Estonya Yüksek Mahkemesi'nin Delfi'nin yorumları İnternet sitesine yüklenmesini engelleme yükümlülüğü bulunup bulunmadığını ya da Delfi'nin Borçlar Kanunu kapsamında bu yükümlülükten kurtulmak için hukuka aykırılık taşıyan yorumları, kendisine yapılan uyarının hemen ardından kaldırmış olmasının ulusal hukukun gereklerine uygun olup olmadığını kararında tartışmış değildir. AİHM'e göre başvurucunun gerekçelerine bakıldığında, Estonya Yüksek Mahkemesi'nin başvurucunun haklarını,

öngörülen amaca ulaşılması adına gerekenden daha fazla kısıtlama niyetinde olmadığı anlaşılmaktadır. Şu halde AİHM, Sözleşme'nin 10'uncu maddesindeki bilgi verme özgürlüğü kapsamında, Estonya Mahkemesi'nin yorumların yayınlandıktan hemen sonra portaldan kaldırılması gerektiğine ilişkin gerekçesine katılmaktadır. Delfi'nin portalda yayınlanan yorumlar üzerinde önemli ölçüde denetlemeye gittiği kabul edilmekle birlikte, AİHM, yukarıdaki ölçütler gözetildiğinde, nefret ve şiddet söylemi içeren yorumların, yayınlanır yayınlanmaz; başkaca bir uyarıya gerek kalmaksızın başvurucu şirket tarafından kaldırılması gerektiğine ilişkin bir yükümlülük getirmenin, ilkesel olarak, ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale oluşturmayacağı gerekçesini kurmuştur. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.44)

AİHM, kararın gerekçesinde, *"Bu tür yorumlar kaldırılabilir ve yazarlarının yorum yayınlamalarına sınırlama getirilebilirdi."* diyerek Delfi'yi asılsız, hukuka aykırı, müstehcenlik, şiddet ve nefret uyandıran yorumların yayınlanamayağına ilişkin İnternet sitesindeki uyarısında rağmen "ön denetim" yapmadığı için sorumlu bulan Estonya Yüksek Mahkemesi'nin kararını Sözleşme'nin 10'uncu maddesine aykırı bulmamıştır. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.36). Bu yorumuyla AİHM, İnternet haber portallarına sayılan türdeki yorumların yayınlanmasının engellenmesi gibi ön sansür anlamına gelecek ciddi bir ödev de yüklemektedir. Kaldı ki bu türden bir uygulamanın teknik olarak ciddi altyapı çalışması gerektireceği de söylenebilir. [(*"Saldırgan yorumları, bu tür yorumların bulunduğuna dair fiili bilgi olmadan ve yayınlandıktan hemen sonra kaldırma görevi, aktif aracının 7/24 denetleme sağlaması gerektiği anlamına gelmektedir. Hangi açıdan bakılırsa bakılsın, bu kesin ve mutlak sorumluluk olup geniş kapsamlı ön sınırlamadan hiçbir şekilde farklı değildir. Neden sadece bu derecede sorumluluğun ilgili menfaatlerin korunmasını sağlayabileceği konusunda hiçbir neden gösterilmemiştir."* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın muhalif görüşü, p.35)]

Bu da 7/24 denetim ve haber portallarına aşırı sorumluluk yüklemek anlamına gelir ki bunun uygulanması da teknik ve altyapısal olarak da oldukça

güçtür. Bundan böyle, yer sağlayıcılar bunu yapmak yerine "kolayı" ve "tehlikesiz olanı" seçerek İnternet portalına yorum seçeneği açmayacaktır. [(*"Hükümetler ifadeyi her zaman doğrudan sansürlemeyebilir; ancak teknolojik altyapıyı (İSS vb.) denetleyenlere baskı uygulayarak ve sorumluluk yükleyerek, tamamlayıcı sansürün ya da özel tarafa uygulanan sansürün kaçınılmaz bir şekilde vuku bulacağı bir ortam oluştururlar….İçeriğin yayınlanmadan önce denetlenmesini sağlayan bu teknolojik aletler şunlara yol açmaktadır: (diğerlerinin yanı sıra) kasten yasaklama; sınırlı usuli korumalar (dava, yargılama kapsamı dışında açılır); ve hata maliyeti yükünün kaydırılması (filtreleme işlemiyle görevli kuruluş, ifade özgürlüğünü koruma yerine kendi sorumluluğunu koruma doğrultusunda hareket edecektir)."* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın muhalif görüşü, p.2)]

4-) Kararda yasallık ve belirlilik ilkesi önceki yerleşik içtihattan farklı şekilde yorumlanmıştır.

AİHM'in bu konudaki yorumu şöyledir:

> *"20. Dolayısıyla Mahkeme, profesyonel bir yayıncı olarak başvuran şirketin mevzuatı ve içtihadı daha iyi bilmesi gerektiğini ve yasal danışmanlık alması gerektiğini kaydetmiştir. Mahkeme bu bağlamda, Delfi haber portalının Estonya'daki en büyük portallardan bir tanesi olduğunu gözlemlemiştir. Kamu sorunu, mevcut davadaki yorumların yayınlanmasından önce zaten dile getirilmiştir; ayrıca Adalet Bakanı, söz konusu hakaretlerin mağdurlarının Delfi aleyhinde dava açabileceğini ve tazminat talebinde bulunabileceğini kaydetmiştir (bk. yukarıda 15. paragraf). Mahkeme bu nedenle, başvuran şirketin, faaliyetleriyle ilgili riskleri değerlendirebilecek bir konumda olduğunu ve bu faaliyetlerin yol açabileceği sonuçları makul bir dereceye kadar öngörebileceğini değerlendirmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası anlamı dahilinde "yasayla öngörülmüş olduğu" sonucuna varmıştır."* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.20)

Açık olmayan normun, bu işlerde uzman olan Delfi tarafından yorumlanması gerektiği, bu nitelikteki bir habere konacak olan yorumların kişilik haklarına aykırılık oluşturabileceğinin öngörülmemesinin Delfi'nin kusuru olduğu ifade edilmişse de bu yorum yöntemi AİHM'in önceki kararlarındaki yasaların belirliliği ilkesiyle örtüşmemektedir. Kararın karşıoyundaki çekinceler de bu çıkarımımızı destekler niteliktedir. [(*"Yasayla öngörülmüş olma" ifadesinin getirdiği koşullardan bir tanesi de öngörülebilirliktir. Bu nedenle, vatandaşa davranışını düzenleme imkânı vermek üzere yeterli açıklıkla ifade edilmediği takdirde, bir norm, Sözleşme'nin 10 § 2 maddesi anlamında "yasa" olarak kabul edilemez; vatandaş, - gerekirse uygun tavsiye ile – belirli bir eylemin yol açabileceği sonuçları, söz konusu koşullar içerisinde makul olan derecede öngörebilmelidir. Bu sonuçların, mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekli değildir (bk. Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July / Fransa [BD], no. 21279/02 ve 36448/02, § 41, AİHM 2007 IV). Bir hukuk danışmanı, bilgi toplumu hizmetlerinin hukuki yönlerine ilişkin Yönerge'nin uygulanmayacağı hususunda Delfi'yi yeterince açık bir şekilde bilgilendiremezdi. Yürürlükteki kanun açık değildir. 2013 yılında bile Kıbrıs'taki bir mahkeme Avrupa Adalet Divanından, benzer bir konuda yani haber portalı yayıncılarının sorumluluğu ile ilgili olarak ön karar vermesi talebinde bulunmayı gerekli görmüştür (bk. Dava C 291/13, Papasavvas, ABAD). Avrupa Birliğinde, benzer ama daha az karışık ve 2014 yılında açıklığa kavuşturulmuş bir konuda, 2013 yılında bir belirsizlik varsa, eğitimli bir danışman 2006 yılında nasıl yeterince açık olabilirdi?"* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın muhalif görüşü, p.18. Ayrıca bkz p. 20)]

Yasanın kesin ve sert olmaması gerektiği kadar, her somut olaya göre farklı mahkemelerce farklı şekillerde de yorumlanmaması gerekir. Aksinin kabulü hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerine de aykırılık oluşturacaktır.

AİHM'in bu karardaki hatalı gerekçeye dayanan yasallık ilkesi yorumu, bir İnternet sitesinin "zengin" veya "güçlü" olması söz konusuysa, yasaların yeterli açıklıkta ifade edilmemesi durumunda, salt zengin, güçlü veya haber sektöründe oldukları için, belirlilik taşımayan bir yasadan ötürü

cezalandırılmalarının önünü de açabilecektir. "Büyük" haber portalları "güçlü" oldukları için yasaların nasıl yorumlanacağını önceden öngörmekle yükümlü olacakken, nispeten "küçük" haber portalları içinse böyle bir yükümlülük söz konusu olmayacaktır. Bu yorum, aynı zamanda aynı statüdeki öznelere aynı yasaların farklı uygulanması gibi eşitliğe aykırı sonuçlara da yol açabilecektir.

5-) AİHM, Delfi'yi "önceki sicili"ni esas alan Estonya Yüksek Mahkemesi'nin gerekçesini benimseyerek de mahkum etmiştir. Her ne kadar kararın "mahkemenin değerlendirmesi" başlığında bu yönde açık hüküm yoksa da AİHM'in Estonya Yüksek Mahkemesi'nin bu yöndeki gerekçesini değerlendirmemiş oluşu, gerekçeyi zımnen kabul ettiği anlamında yorumlanabilir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm I- (Davanın geçmişi), p.15)

Delfi'nin İnternet haberciliği konusunda önceki sicilinin bozuk olması, bu olaydan mahkum edilmesine gerekçe oluşturmamalıdır. Önceden suç işlenmiş olabilir. Ancak her olayın somut delillere göre ve o olayın koşulları gözetilerek değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksinin kabulü, yerleşik olan masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelir. Bu bağlamda AİHM'in yorumu AİHS'nin 6/2'nci maddesi ile güvencelenen suçsuzluk karinesi ilkesine de aykırıdır.

6-) AiHM, mahkumiyet gerekçelerinden birinde, Delfi'nin sitesine yapılan yorumların çokluğu oranında reklam alarak kazanç elde ettiğini, bundan ötürü de yorumların kaldırılması konusunda isteksiz davrandığını, yorumları kendisi kaldırmayarak davacıya ihmalinden ötürü zarar verdiğine ilişkin Estonya Yüksek Mahkemesi'nin yorumunu (p.29) aynen benimsemiştir.

AİHM burada Delfi'nin savunmasındaki (p.30) özel moderatörler görevlendirip tüm yorumları denetlettirdiği, bunun için özel program kullandığı; siteye sadece Ağustos 2009'da 190 bin yorum eklendiği; bunlardan % 8'inin (15 bin) gelen uyarılar veya fark etme üzerine hukuka aykırı içerik barındırdığı için kaldırıldığı; küçük düşürücü yorum sayısının ise Binde 5 civarında olduğuna ilişkin tespiti dikkate almamış görünmektedir.

Her ne kadar mahkeme Kararının 43'üncü paragrafında başvurucunun bu yöndeki savunmasını özetlemişse de müteakip paragrafta bu savunmaya itibar etmediğini de belirtmiştir:

" 43. Mahkeme, başvuran şirketin internet sitesinde yer alan her bir makaledeki yorum sayısını belirttiğini ve bu nedenle en hareketli diyalogların gerçekleştiği yerlerin haber portalı editörleri açısından kolayca belirlenebilir olduğunu kaydetmiştir. Anlaşıldığı kadarıyla, mevcut davaya konu makale ortalamanın oldukça üzerinde bir sayı olan 185 yorum almıştır. Yorumlar nedeniyle zarar gören kişilerin avukatları tarafından başvuran şirkete yapılan bildirim üzerine, söz konusu yorumlar internet sitesine yüklendikten sonra yaklaşık altı hafta sonra başvuran şirket tarafından kaldırılmıştır (bk. yukarıda 17-19. paragraflar)."

" 44. Mahkeme; Yüksek Mahkemenin kararında, "zarara sebebiyet vermenin önlenmesine yönelik hukukun getirdiği yükümlülük nedeniyle, başvuran şirketin açıkça hukuka aykırı içeriğe sahip yorumların yayınlanmasını engellemesi gerektiğini" kaydettiğini gözlemlemiştir. Ancak, Yüksek Mahkeme ayrıca "ifşa sonrasında, başvuran şirketin hukuka aykırı içeriğinin farkında olması gerektiği yorumları kendi inisiyatifiyle portaldan kaldırmadığını" kaydetmiştir (bk., yukarıda 31. paragrafta belirtildiği üzere, kararın 16. maddesi). Bu nedenle Yüksek Mahkeme, başvuran şirketin yorumların internet sitesine yüklenmesini engelleme yükümlülüğü bulunup bulunmadığını ya da başvuran şirketin, Borçlar Kanunu kapsamında yükümlülükten kurtulmak için, saldırgan yorumları yayınlanmasının hemen ardından kaldırmasının ulusal hukuk uyarınca yeterli olup olmayacağını açıkça belirlememiştir. Mahkeme; Yüksek Mahkemenin -başvuranın Sözleşme haklarına müdahaleye yol açan- kararında dayandığı gerekçeler değerlendirildiğinde, ulusal mahkemenin başvuranın haklarını güdülen amaca ulaşılması bakımından gerekli olandan daha fazla kısıtlama niyetinde olduğunu gösteren hiçbir nokta bulunmadığını değerlendirmiştir. Bu kapsamda ve Sözleşme'nin 10. maddesinde yer verilen bilgi verme özgürlüğü dikkate alındığında,

Mahkeme; Yüksek Mahkemenin kararının, yorumların yayınlandıktan hemen sonra başvuran şirket tarafından kaldırılmasının söz konusu şirketin ulusal hukuk uyarınca sorumluluktan kurtulması bakımından yeterli olacağı şeklinde anlaşılması gerektiği varsayımı üzerinden devam edecektir. Sonuç olarak, başvuran şirketin portalında yayınlanan yorumlar üzerinde önemli ölçüde denetleme uyguladığının kabul edilmesi gerektiğine yönelik yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, Mahkeme, başvuran şirkete, nefret söylemi içeren ve şiddete teşvik eden ve bu nedenle açıkça hukuka aykırı olan yorumların yayınlanır yayınlanmaz hemen kaldırılmasına yönelik bir yükümlülük getirmenin, ilke olarak, şirketin ifade özgürlüğüne orantısız müdahale teşkil etmeyeceğini değerlendirmiştir."

Gerçekten de Delfi, bir yer sağlayıcı olarak üzerine düşeni fazlasıyla ve Estonya ile AB mevzuatının gereklerine uygun şekilde yapmış olduğu halde, cezalandırılmıştır. Estonya'nın ve AB'nin konu hakkıdaki düzenlemeleri Estonya Yüksek Mahkemesi ve AİHM tarafından hatalı yorumlanmış; bu nedenle de mevzuatın gerektirdiği tüm önlemler yer sağlayıcı tarafından alındığı halde, kişilik hakları zarar görenlere mağdurların tespiti ödevinin yüklenmesinin hakkaniyetle bağdaşmadığı gerekçesi ile yer sağlayıcı sorumlu tutulmuştur. Mağdurlar açısından düşünülen "hakkaniyet" ölçütü, yer sağlayıcı açısından özellikle suçta ve cezada kişisellik ile yasallık ilkesi bakımından düşünülmüş değildir.

7-) AİHM, yorumların nefret söylemi ve şiddete teşvik içerikli olduğuna, bundan ötürü somut olayda yazarların ifade özgürlüğünün değil, üçüncü kişilerin yorum içeriklerinden ötürü Delfi'yi sorumlu tutan ulusal mahkeme kararlarının Sözleşme'nin 10'uncu maddesine uygunluğunun tartışıldığını belirtmiştir. (Karar, Bölüm IV-I-D, p, 31) [(*"Nefret söylemi" teriminin tanımı bulunmamaktadır. "'Nefret söylemi' teriminin evrensel olarak kabul edilen bir tanımı yoktur. Söz konusu terim; saldırgan, aşağılayıcı, küfürlü ve kalıplaşmış olumsuz açıklama ve yorumlardan belirli kişi ya da gruplara yönelik şiddete teşvik eden tehdit edici ve kışkırtıcı söylemlere kadar envai çeşitte nefret içeren mesajları kapsamaktadır. Nefret söyleminin sadece*

en kötü şekilleri –yani, ayrımcılığa, düşmanlığa ve şiddete teşvik içeren söylemler- genel olarak hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir" (Azınlık Sorunları Özel Raportörü tarafından düzenlenen rapor, Rita Izsák (A/HRC/28/64), İnsan Hakları Konseyi, Yirmi Sekizinci oturum). Daha fazla bilgi için bk." http://www. ohchr.org/EN /NewsEvents/ Pages/ DisplayNews .aspx?NewsID=15716&LangID=E#sthash.XYM1WUqO.dpuf'' (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın muhalif görüşü, p.12, dipnot : 9)]

Konuya bu açıdan bakıldığında, karardaki gerekçenin temelininin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması olmadığı söylenebilir. Kararda, asıl olarak nefret ve şiddet içerikli sözlerin Sözleşme'nin 10'uncu maddesi kapsamında koruma görüp görmeyeceği tartışılmıştır.

Nefret ve şiddet içeren sözlerin ifade hürriyeti kapsamında kabul edilemeyeceğini çalışmamızın I'inci Bölümü'nün C-1-a başlığında "Erişim Yasaklarının Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti Açısından Görünümü" başlığı altında incelemiştik. Şu halde AİHM'in gerekçesindeki bu detay, nefret ve şiddet içerikli söylemlerin hukuken koruma görmemesi adına oldukça önemlidir.

Gerçekten de nefret, şiddet ve ırkçılık söylemlerinin tıpkı çocuk pornosunda olduğu gibi uluslararası hukuk düzeninde ortak tepkiyle karşılanması gerekmektedir. AİHM, gerekçesinde, huzurdaki olayın özel koşullarını (yorumların nefret ve şiddet içermesini) dikkate alarak 10'uncu maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Bu nedenle, aslında kararın yer sağlayıcılarda yayınlanan tüm yorumlar için uygulanmasını söylemek de mümkün değildir. Bundan ötürü AİHM, benzeri başka bir olayda, yorum içeriklerinin nefret ve şiddet unsurları taşımaması durumunda ihlalin varlığına da karar verebilecektir.

Keza AİHM, Sözleşme ile bildirilen ve güvence altına alınan değerlerle bağdaşmayan söylemlerin Sözleşme'nin 17'nci maddesi gereğince 10'uncu madde tarafından korunmadığını da Nazi yanlısı politikayı haklı gösteren, Müslümanları ciddi bir terör saldırısı ile ilişkilendiren veya Rusya'daki

kötülüklerin kaynağı olarak Yahudiler'i gösteren söylemlere atfen gerekçesinin 27'nci paragrafında ifade etmiştir. (Karar, Bölüm IV-I-D, p, 27)

Şu halde, AİHM'in bu emsal kararı ışığında haber portallarında bulunan tüm yorumların kaldırılması gerektiği yönünde toptancı bir yaklaşım, AİHM içtihadının gerekçesiyle de bağdaşık bir yorum olmayacaktır. Nasıl ki bir yer sağlayıcı barındırdığı çocuk pornosu içeren İnternet siteleri hakkında yasal birimlerce usule uygun şekilde uyarıldığında bu içeriği kaldırmadığı durumlarda sorumlu tutulmaktaysa, nefret, şiddet veya ırkçılık içeren söylemler bakımından da aynısı geçerlidir. Zira bu suçlar da en az çocuk pornosu kadar ağır toplumsal sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

8-) Karardaki eleştirilecek en önemli yön, söylemlerin içeriğine ilişkin AİHM gerekçesinden çok, Delfi'nin uyarılar üzerine içerikleri kaldırmış olduğu halde cezalandırılması ve AİHM'in de bunda bir ihlal görmemesidir. Konu, "orantılılık" açısından bu boyutuyla ele alındığında, kararın hatalı olduğu söylenebilir.

Yukarıdakilere benzer kaygılar (zaman zaman dipnot olarak da aktarılan alıntılardan da anlaşıldığı üzere) Yargıçlar Sajo ve Tsotsoria'nın karşıoy gerekçelerinde de ifade edilmiştir. Bu da Büyük Daire'nin üyelerinin AİHM'in içtihadından duyduğu kaygıyı anlatmaktadır.

Neticede Delfi Kararı, gerekçesinde de ifade edildiği üzere, yalnızca olayın özellikleri (nefret söylemi, şiddete teşvik içeren yorumlar) dikkate alınarak verilmiş olan bir karar olarak nitelendirilmişse de gerekçedeki yer sağlayıcı şirketlerin alması gereken önlemlere ilişkin tespitler, uyar-kaldır yöntemini etkisiz kılabilecek gerekçeler ile yasallık ilkesine getirilen farklı yorum nedeniyle, kararın ulusal hukuk düzenlerinde ciddi sorunlara yol açacağını söylemek mümkündür. Kararın Türk hukukundaki etkileri aşağıda incelenmektedir.

2.4.2.3. Kararın Hukukumuz Üzerindeki Etkileri

Delfi Kararı, Anayasa'nın 90/son hükmü gereği Türk mahkemeleri açısından da bağlayıcılık taşımaktadır.

Nitekim karar hukuk sistemimizdeki etkisini çok kısa bir süre içerisinde göstermiştir. Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesi, 30.09.2014 T., 2013/ 18163 E., 2014/12640 K. sayılı kararında Delfi Kararı'na atfen *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10.10.2013 tarihli Delfi As - Estonya kararında da belirtildiği üzere, kullanıcıların isim dahi belirtmeksizin siteye üye olup yorum yapabildiği durumlarda mağdurdan bu kişileri tespitini istemenin hakkaniyete uygun olmadığı, sitedeki yorumlardan dolayı site sahibi şirketin sorumluluğuna gitmenin pratik ve makul olduğu ve hukuken sorumlu tutulmasının ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceği belirtilmiştir."*diyerek site sahibi aleyhine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Kararın devamında yerel mahkemenin, davalının yer sağlayıcı olduğu, 5651 Sayılı Kanun'a göre hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi durumunda bu içeriği kaldırmakla yükümlü bulunduğu, ancak yorumu yazan kişilerin tespit edilememesinden ötürü yer sağlayıcı davalının yazı içeriklerinden sorumluluğundan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle, kanaatimizce de hukuka uygun olarak verilen karar, adı geçen Yargıtay kararı ile yine Delfi Kararı'ndaki tespitlere benzer şekilde şu gerekçeyle bozulmuştur:

> "*Dosya kapsamından davacı hakkında davalı şirketin sahibi olduğu sitede 2011 yılı şubat ayından itibaren saldırgan ve aşağılayıcı ifadeler kullanıldığı, 28.2.2011 tarihli ihtarnameyle davacının çalıştığı şirket adıyla davacının da ismi belirtilerek ve onun hakkında da geçerli olacak şekilde uyarıda bulunulduğu, buna rağmen uyar-kaldır sisteminin işletilmediği ve uzun bir süre yayına devam edildiği, makul süre ilkesinin de aşıldığı, ayrıca site sahibi olan davalının yorumların içeriğini denetleme yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmaktadır. Zira zararı doğuran saldırı eyleminin gerçekleşmesi elverişli ortamı hazırlayan-kullanıma sunan site sahibidir. Ayrıca bu tür durumlarda site sahibinin sorumluluğunun türü kusursuz sorumluluktur. Şu durumda, davacının kişilik haklarının ihlal edildiği benimsenerek uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yanılgıya dayalı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."* [(http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay

4'üncü HD'nin 30.09.2014 T., 2013/ 18163 E., 2014/12640 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 05.09.2015)]

Yargıtay'ın bu kararı ile yukarıda incelediğimiz Delfi Kararı arasında önemli bazı farklar bulunmaktadır. Öncelikle Yargıtay'ın gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, davacı tarafından yer sağlayıcıya ihtar gönderilmiş ancak yer sağlayıcı buna rağmen içeriği kaldırmamıştır. Oysa Delfi Kararı'nda uyarı üzerine hukuka aykırı içerik kaldırılmıştı. Yargıtay kararının bu yönüyle Delfi Kararı ile tam olarak örtüşmediğini söylemek mümkündür. Delfi Kararı'nda uyarıya rağmen Delfi'nin cezalandırılmasının orantılı olduğunu söylemek mümkün görünmezken, yukarıda özetlenen Yargıtay kararında uyarıya rağmen içeriği kaldırmayan yer sağlayıcının tazminata mahkum edilmesi orantılı sayılabilir.

Ne var ki Yargıtay çok önemli bir detayı atlamıştır. Yargıtay, davacının ihtarını 5651 Sayılı Kanun anlamında bir uyarı yöntemi olarak kabul etmiştir. Oysa biraz daha önce de ifade edildiği üzere, 5651 Sayılı Kanun'da uyarının hangi yöntemle yapılacağı ifade edilmiş değildir. Uyarının her türlü yolla yapılabilmesi mümkün ise de bu uyarının herkes tarafından yapılabilmesi mümkün olmamalıdır. 5651 Sayılı Kanun gereğince ancak TİB, mahkeme/savcılık ya da mahkeme/savcılık tarafından yetkilendirilmiş kolluk birimleri tarafından yapılan uyarıların geçerli uyarı olarak kabul edilebilmesi gerekir.

Kusursuz sorumluluk ancak kanunda sayılan sınırlı durumlar için geçerlidir.[(*"Kusursuz sorumluluk (sebep sorumluluğu) ilke olarak zarara sebep olma düşüncesine dayanır. Bu tür sorumluluğun gerçekleşmesi için, sorumluluğu doğruan olayla zarar arasına sebep sonuç ilişkisinin varlığı yeterlidir. Kusur, sebep sorumluluğunda kurucu bir unsur olmaktan çıkmıştır. Bu tür sorumlulukta, kusur şartının aranmaması söz konusudur. Burada, sorumluluk, kusur yerine, kanunun öngördüğü belirli bir olguya bağlanmıştır."* Yavuz, 2008, 35)]. Bunlar arasında Borçlar Kanunu'nda veya Basın Kanunu'nda İnternet yayıncısının sorumluluğu sayılmış değildir.

Ancak 5187 Sayılı Basın Kanunu'nun 13'üncü maddesinde süreli yayın sahibinin Borçlar Kanunu Genel Hükümleri gereğince sorumlu olacağı ifade

edilmektedir. Yayın sahibinin sorumluluğu da BK 66'ya dayanan istihadem edenin sorumluluğu gibi düşünülmelidir. Bu nedenle, yayın sahibi yapılan basın açıklaması ile şeref, haysiyet veya özel yaşama saldırılmaması (zararın doğmaması) için gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini (sorumlu yazı işleri müdürünü seçmede, ona talimat vermede ve onu denetlemede gerekli objektif özeni gösterdiğini) veya gereken özeni gösterseydi dahi zararın doğumuna engel olamayacağını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. (Kılıçoğlu, 2013, 485, 486)

Ne var ki Yargıtay bu hukuki gerçeğin aksine Delfi Kararı'nın 32'nci paragrafındaki gerekçeden esinlenerek yukarıdaki hükmü kurmuştur.

Delfi Kararı'nuın 32'nci paragrafında AİHM İnternet haber portalı yetkilisinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğuna şu gerekçe ile hükmetmiştir:

> *"Mahkeme, L'nin avukatlarının bildirimi üzerine söz konusu yorumların başvuran şirket tarafından derhal siteden kaldırılmasına rağmen (bk. yukarıda 18. ve 19. paragraflar), Yüksek Mahkemenin, açıkça hukuka aykırı içerikler barındıran yorumların yayınlanmasını önlemesi gerektiği nedeniyle Borçlar Kanunu'na dayanarak başvuran şirketi sorumlu tuttuğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, Borçlar Kanunu'nun 1047 (3). maddesine atıfta bulunmuştur. Söz konusu hükme göre, bilgi veya diğer hususların ifşa edilmesi; bilgileri veya diğer hususları ifşa eden veya bu hususların kendisine ifşa olunduğu kişinin ifşa etmede meşru bir menfaatinin bulunması ve bilgileri ifşa eden kişinin söz konusu bilgileri veya diğer hususları "olası ihlalin vahametine" karşılık gelecek bir bütünlükle kontrol etmiş olması durumunda; hukuka aykırı değildir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, ifşaatın ardından başvuran şirketin –hukuka aykırı içeriğinden haberdar olması gerektiği- yorumları portalından kendi inisiyatifiyle kaldırmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla, başvuran şirket Borçlar Kanunu'nun 1050 (1) maddesi uyarınca "kusur bulunmadığını kanıtlayamadığından", başvuran şirketin*

> *eylemsizliği hukuka aykırı görülmüştür (bk., yukarıda 31. paragrafta yer aldığı üzere, Yüksek Mahkeme kararının 16. maddesi).”* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.32)

Basın Kanunu’ndaki bu hükmün İnternet haberciliği açısından uygulanmasının mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira İnternet, niteliği gereği yazılı basından farklıdır. Kaldı ki 5187 Sayılı Kanun’un 13’üncü maddesi kural olarak süreli yayınlarda yayın sahibinin kusursuz sorumluluğunu düzenlemektedir. Şu halde, bu hükmün İnternet yayınları için uygulanmaması gerekir. Zira İnternet basılı yayın olmadığı gibi, süreli yayın da değildir.

Delfi Kararı’nın 32’nci maddesinde belirtilen Estonya Borçlar Kanunu’nun 1047/3’üncü maddesine göre yayıncının kusursuz sorumluluğu bulunduğu kabul edilebilirse de yukarıdaki gerekçelerle ne Türk Borçlar Kanunu ne de 5187 Sayılı Basın Kanunu bu yönde bir yoruma izin vermektedir. Yargıtay’ın da Delfi’deki kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak hüküm kurması bu yönüyle de hatalıdır.

Yargıtay kararı ile anlaşıldığı kadarıyla Delfi Kararı hukukumuz üzerindeki etkisini hemen göstermiştir. Ancak bu etkinin olumlu olduğunu söylemek güçtür. Yargıtay, tıpkı Delfi Kararı’nda olduğu gibi, ulusal mevzuatın “uyarı yöntemi” ne ve “uyar-kaldır” sistemine ilişkin “güvence”lerini bu içtihadı ile etkisiz kılmıştır. Delfi Kararı’nın etkilerinin zaten basın ve İnternet özgürlükleri alanında bozuk olan ülke sicilimizi daha da bozacağını söylemek mümkündür. Umut, AİHM’in Delfi Kararı’nın yalnızca o olaya özgü koşullarla sınırlı olarak verilmiş olması ve yinelenmemesidir. Ancak yine de Delfi Kararı ve bu karardan esinlenen Yargıtay içtihadı, bu alandaki ilk kararlar olmaları yönüyle sonraki içtihatlar açısından fikir vermektedir.

Yargıtay Kararı’ndaki kusursuz sorumluluk yorumunun Delfi Kararı’nın yukarıda özetlenen 32’nci ve aşağıda verilen 42’nci ile 49’uncu paragraflarından esinlenerek verildiği düşünülebilir. Gerçekten de Delfi Kararı’nın ilgili paragraflarında, nefret ve şiddet içerikli söyleme maruz kalan kişinin İnternet’i sürekli izlemesinin güç olduğu ve kendisine böyle bir

yükümlülük yüklenemeyeceği, bunun yerine portalın içeriği kaldırmasının daha hızlı bir çözüm olduğuna şu gerekçeyle işaret edilmiştir:

> *" Yüksek Mahkemenin mevcut davada verdiği karara göre, zarar gören kişi, başvuran şirket ya da yorumların yazarları aleyhinde dava açma olanağına sahip olmuştur. Mahkeme, yorumların yazarlarının kimliğinin tespitine olanak sağlayan tedbirlerin belirsiz etkinliği ile birlikte bir nefret söylemi mağdurunun yorumların yazarları hakkında etkili bir şekilde dava açmasını mümkün kılmaya yönelik olarak aynı gerekçeyle başvuran şirket tarafından devreye sokulan enstrümanların bulunmaması hususlarının, Yüksek Mahkemenin kararını ilgili ve yeterli nedenlere dayandırdığı sonucunu destekleyen unsurlar olduğu kanısındadır. Mahkeme bu bağlamda, Krone Verlag (no. 4) kararına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme, belirtilen kararda, hakarete maruz kalan kişinin hakaret davasında tazminat elde etmesine yönelik riskin genelde hakaret eden kişiden daha iyi ekonomik koşullara sahip olan medya şirketine kaydırılmasının, söz konusu medya kuruluşunun ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale teşkil etmediği sonucuna varmıştır (bk. Krone Verlags GmbH & Co. KG / Avusturya (no. 4), no. 72331/01, § 32, 9 Kasım 2006)."* (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.42)

> *"Ayrıca, koşullara bağlı olarak, –örneğin, bazı durumlarda bir takım kişilerden oluşan bir gruba yöneltilen nefret söylemi ya da somut davada yer alan bazı yorumlarda açıkça ortaya konduğu şekilde doğrudan şiddete teşvik eden söylem gibi- kimliği saptanabilir bireysel bir mağdur olmayabilir. Bireysel bir mağdurun olduğu durumlarda, söz konusu birey, haklarının ihlal edildiğine yönelik iddiayı internet servis sağlayıcısına bildirmekten alıkonabilir. Mahkeme, potansiyel bir nefret söylemi mağdurunun sürekli olarak interneti kontrol edebilmesinin, büyük bir ticari internet haber portalının bu tür yorumları engelleme ya da hızla kaldırabilmesinden daha sınırlı olduğu değerlendirmesini*

önemsemektedir." (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.49)

AİHM bu gerekçe ile, İnternet haber portallarının kusursuz sorumluluğunu kabul etmiş ve başvuran kişilere "güçlü olandan hakkını talep etme" yönünde bir hak tanımıştır. Ne var ki daha önce ifade ettiğimiz üzere, kararın diğer paragraflarındaki gerekçelere bakıldığında haber portallarının içerikler nedeniyle sorumluluğu AİHM içtihadı ile genişletildiğinden, kusursuz sorumluluk ilkesinin de oldukça geniş bir yoruma tabi tutulduğu anlaşılmaktadır.

Delfi Kararı'nın adı geçen başlığında AİHM, yorumcuların bazı durumlarda tespit edilemeyebileceğine veya tespit edilse dahi haber portalına ihlali bildirmekten alıkonulabileceğine işaret ederek, hakarete yahut nefret söylemine maruz kalan kişilere nazaran hukuka aykırı içeriği denetleme ve bu içeriği kaldırma yönünden, haber portallarının daha etkin bir konuma sahip olduğuna değinmiştir:

Yargıtay da bahsi geçen kararında, yer sağlayıcıyı yorumculara ulaşılmasını sağlamadığı için de zımnen de olsa hukuken sorumlu tutmuş ve bu sorumluluğu kusursuz sorumluluk esasına dayandırmıştır.

AİHM, Delfi haber portalını, filtreleme sisteminin yetersizliğini gerekçe göstererek de mahkum etmiştir. AİHM'e göre, hukuka aykırı içeriğin otomatik filtreleme yazılımı ile tespit edilememiş olması Delfi'nin sorumluluğunu gerektirmektedir:

> *"Bu nedenle Mahkeme, başvuran şirketin üçüncü taraflara zarar verilmesini engelleme görevinin tümüyle ihmal edildiğinin söylenemeyeceğini kaydetmiştir. Ancak, daha da önemlisi, başvuran şirket tarafından kullanılan otomatik kelime bazlı filtre, okuyucular tarafından yayınlanan çirkin nefret söylemlerini ve şiddete teşvik eden söylemleri filtrelememiş ve bu nedenle saldırgan yorumları hızlı bir şekilde kaldırma becerisi sınırlanmıştır. Mahkeme, söz konusu kelime ve ifadelerin büyük çoğunluğunun sofistike metaforlar içermediğini ya da gizli anlamlar veya üstü kapalı tehditler barındırmadığını yinelemiştir. Söz konusu kelime ve ifadeler açık nefret ifadeleri ve*

L.'nin fiziksel bütünlüğüne yönelik bariz tehditlerdir. Bu nedenle, otomatik kelime bazlı filtre bazı durumlarda kullanışlı olsa da, mevcut davanın olayları söz konusu filtrenin, içeriğinde Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korunan ifadeler yer almayan yorumların tespit edilmesi bakımından yetersiz kaldığını göstermiştir (bk. yukarıda 136. paragraf). Mahkeme, filtreleme mekanizmasının bu eksikliğinin bir sonucu olarak, bu türde açıkça hukuka aykırı olan yorumlar altı hafta boyunca portalda kalmıştır (bk. yukarıda 18. paragraf)." (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.47)

Ancak burada dikkati çeken ilk husus, AİHM'in Delfi tarafından kullanılan filtreleme programının özelliklerini değerlendirmeksizin, salt programın başarısız olduğundan hareketle Delfi'nin başvurusunu reddetmiş olmasıdır. Programın teknik yeterliliklerinin nasıl olması gerektiği, programın neden etkisiz kaldığı, en gelişmiş filtreleme programının kullanılıp kullanılmadığı veya bunun kullanılmasının gerekip gerekmediği de gerekçede tartışılmış değildir. Şu halde, bir filtreleme yazılımı kullanan İnternet öznesinin, mahkemenin gerekçesinden yola çıkıldığında, salt programdaki teknik eksiklikten ötürü sorumlu tutulması gibi bir sakınca ortaya çıkabilecektir. [(Benzeri kaygılar karara muhalif kalan iki üye tarafından da muhalefet şerhinde şöyle paylaşılmıştır: **"***Ceza Kanunu'nun kusur hükümleriyle gizlenmiş bu mutlak sorumluluk bakımından yeterli nedenler bulunmakta mıdır? Mahkeme, Delfi tarafından uygulanan ihtiyati tedbirleri incelemiş ve yetersiz bulmuştur. Bu tedbirler oldukça standart tedbirlerdir; hukuka aykırılık konusunda yasal uyarı, filtreleme mekanizması, yorum alanının makaleden ayrılması ve bildirim üzerine derhal yayından kaldırma. Filtreleme mekanizmasının başarısız olması Mahkeme açısından belirleyici olmuştur. Filtreleme mekanizmasının yeterliliğine ilişkin hiçbir değerlendirme bulunmamaktadır (en gelişmiş sistem midir; en gelişmiş sistemi kullanma yükümlülüğü olmalı mıdır; en gelişmiş filtreleme sistemini kullanmakla sorumlu kılınmak için bir neden bulunmakta mıdır?). Bizzat Mahkeme, filtrelemenin basit bir görev*

olduğunu ve başarısız olduğunu kaydetmiştir. Hiçbir uzman görüşü ya da inceleme bulunmamaktadır. Biz sadece, özel bir moderatör ekibi kurmanın "özel medya kuruluşlarına yönelik uygulanan sansür" olmadığından eminiz. Daha az müdahale içeren tedbirlerin uygulanabileceğine yönelik herhangi bir değerlendirme bulunmamaktadır; sadece "derhal" –yani yayınlanır yayınlanmaz- yayından kaldırma işlemi (bk. 159. paragraf) nefret söylemi ve sonuçlarını ortadan kaldırma amacına hizmet eder . Önleyici korumaya yönelik bu doyumsuzluk döngüsel muhakemeyle sonuçlanmaktadır: yayıncının da benzer bir sorumluluğu bulunmaktadır, bu nedenle aktif aracı yayıncı gibidir." Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Yargıçlar Sajo ve Tsotsaria'nın müşterek muhalif görüşü, p.36)]

Bu sakıncanın ülkemiz de için geçerli olacağını söylemek mümkünse de 5651 Sayılı Kanun'un 10/4-e maddesinde TİB'e "İnternet ortamında herkese açık çeşitli servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazılım yapılmasına ilişkin asgari kriterleri belirlemek" görevi de verildiği düşünüldüğünde, Türkiye'de bir haber portalı açısından ancak 5651 Sayılı Kanun'un 10/4-e bendindeki ölçütlere uymayan filtreleme yazılımı kullanması durumunda sorumluluk yüklenebileceği ifade edilebilir. Bu ölçütlere uyan bir yazılım kullanılmış olmasına rağmen haber portalındaki yorumlardan program tarafından yakalanamayan uygunsuz içerik bulunması durumunda ilgili öznenin "yasal yükümlüğü yerine getirdiği için" sorumlu tutulmaması gerekmektedir.

Sonuç olarak, İnternet haberciliğini "Delfi öncesi" ve "Delfi sonrası" olarak iki döneme ayırmak mümkündür. Delfi sonrası dönemin ifade özgürlüğü anlamında ne yazık ki oldukça sıkıntılı olacağı anlaşılmaktadır.

2.5. 5651 Sayılı Kanun'un 8 ve 8/A Maddelerindeki Erişim Yasakları

5651 Sayılı Kanun'un 8 ve 8/A maddeleri, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren pek çok açıdan tartışılmıştır. Madde düzenlemeleri cezaların yasallığı, şahsiliği, orantılılık ve belirlilik ilkeleri açısından sorunludur. Bu durum gerek AİHM gerekse AYM kararları ile de tescillenmiştir.

Aşağıda, 5651 Sayılı Kanun'un 8 ve 8/A maddeleri cezaların yasallığı, şahsiliği, orantılılığı ve belirliliği ilkeleri açısından kapsamlı olarak değerlendirilmiştir. Bu cümleden olarak, ilk iki alt başlıkta 8 ve 8/A maddeleri özellikle yasallık ilkesi açısından detaylı olarak değerlendirilmiştir.

Üç numaralı alt başlıkta ise 5651 Sayılı Kanun'un 8 ve 8/A maddeleri cezaların şahsiliği ve orantılığı açısından detaylı olarak irdelenmiştir.

5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 1/a-5 bendinde katalog şeklinde belirtilen "müstehcenlik" suçu (TCK 226) gerekçesiyle konan erişim yasakları ise 8'inci maddenin belirlilik ilkesi başlığında alt başlık olarak ayrıca değerlendirilmiştir. Bunun iki sebebi vardır. İlkin, müstehcenlik gerekçesiyle İnternet sitelerine sık sık erişim engeli konmaktadır. İkincisi, TCK'nın 226'ncı maddesinin belirlilik ilkesinden yoksun olarak kaleme alınması nedeniyle, neyin müstehcen olduğu konusunda yargı tarafından da kesin bir ölçüt geliştirilememiş oluşudur. Keza madde metninde ifade edilen "doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki" deyimi de belirsizlikler içermektedir. Bu gerekçe ile de pek çok İnternet sitesi hakkında erişim engeli kararı verilmiştir. Bu durum, müstehcenlik gerekçesi ile konan erişim yasağı kararlarının ayrı başlık altında incelenmesini gerekli kılmıştır. Bundan ötürü, 3 numaralı alt başlıkta, daha önceki alt başlıklarda tartışılan yasallık, belirlilik, orantılılık, şahsilik ilkeleri tekrar incelenmemiş; konuyla bağlantılı olduğu ölçüde ele alınmıştır.

2.5.1. 8'inci Maddenin Değerlendirilmesi

2.5.1.1. Genel Değerlendirme

Kanunun 8'inci maddesinde sınırlı sayım şeklinde İnternet'e erişim yasakları düzenlenmektedir. Kanunun 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan suçlar 5237 Sayılı TCK'da yer alan; intihara yönlendirme (madde 84), çocukların cinsel istismarı (madde 103/1), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), müstehcenlik (madde 226), fuhuş (madde 227), kumar oynanma-

sı için yer ve imkân sağlama (madde 228) suçları ile 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da yer alan suçlardır.

Sayılan bu suçların yanı sıra 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 12/7/2013 tarihinde 6495 Sayılı Kanun'un 47'inci maddesi ile eklenen 14'üncü fıkra ile 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşların, kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilecekleri belirtilmiştir. (5651 Sayılı Kanun'un 8/14'üncü maddesi hakkında ayrıntılı değerlendirme biraz aşağıda yapılmıştır.)

Erişim engelleme kararı için yeterli şüphe nedeni aranmaktadır. [*"Şayet, basit şüphe hazırlık soruşturması sonunda, son soruşturma neticesinde sanığın mahkum olacağını gösterecek yeterliliğe erişmişse buna yeterli şüphe denir."* (Özbek, 1999,61). *"Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkum olması ihtimali beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüphe var demektir."* (Öztürk / Tezcan /Erdem /Sırma /Kırıt /Özaydın/Akcan/Erden, 2013, 447)]. Yeterli şüphe, CMK 170/2 gereğince, savcıya iddianame hazırlaması için yetki veren şüphedir ve tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, şüphelinin mahkum olma olasılığının beraat etme olasılığına nazaran daha güçlü olduğu şüphe derecesini ifade etmektedir. (Özbek, 1999, 62). Bu durumda, yasada sınırlı sayıda belirtilmiş olan suçların işlendiği yönünde savcıda, delillerin de toplanmış olması durumunda, yeterli kanaat oluşmuş ise erişim yasağı talep hakkı doğacak veya gecikmede sakınca varsa ilgili web sitesine savcı tarafından erişim yasağı konacaktır.

Kanaatimizce, ciddi bir koruma tedbiri olan erişimin engellenmesi tedbiri için, yasa koyucu tarafından, yeterli şüphe derecesinde şüphe aranması yerinde olmuştur. (Taşkın, 2008, 156). Aksi halde, basit bir şüphe ile (sözgelimi yalnızca bir ihbar ile) erişimin engellenmesi gündeme gelebilecektir ki bu da ciddi anlamda hak yitimlerine yol açabilecektir. Kuvvetli şüphenin aranması durumunda da soruşturma olanağı güçleşebilecektir. [(Kuvvetli şüphe, kabaca, eldeki deliller değerlendirildiğinde, şüphelinin veya sanığın

mahkum olma olasılığının beraat etme olasılığına göre kuvvetli olduğu (mahkumiyet yönündeki çok güçlü olasılık) şüphe derecesidir. (Öztürk /Tezcan /Erdem/Sırma/Kırıt /Özaydın/Akcan/Erden, 2013, 447)]

Ne var ki erişim yasağı koruma tedbiri için yeterli şüphe nedeni aranması öğretide eleştirilmekte, bu şüphe derecesinin yerine kuvvetli şüphe ile erişim yasağı kararı alınması gerektiği, yasa metnine kuvvetli şüphe ifadesinin eklenmesi durumunda dahi erişimin engellenmesi kararlarının evrensel hukuk kurallarına uygun olmayacağı, zira AİHM kararları gözetildiğinde, erişim yasağı kararı hangi nedene dayanırsa dayansın, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında egemen olan, orantılılık, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve meşruiyet ilkelerini zedeleyeceği için evrensel hukuka aykırılık taşıyacağı savunulmaktadır. (Avcı, 2013, 312-313)

Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde yargıç, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde yargıcın onayına sunar ve yargıç, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Kararlara karşı CMK Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilirse de bu itirazın İnternet sitesine erişim yasağı konan site sahiplerine (içerik/yer sağlayıcı) tebliğ edilmediği düşünüldüğünde, itiraz hakkının etkin şekilde kullanılabilmesi de mümkün olamaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 36'ıncı ve AİHS'in 6'ncı maddesindeki silahların eşitliği, adil yargılanma ve hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğu söylenebilir.

8'inci maddenin ikinci fıkrasına 6 Şubat 2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun'un 92'inci maddesi ile eklenen cümle ile erişimin engellenmesi kararının, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebileceği ifade edilmiştir.

Maddenin 7'nci fıkrasında, soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararının kendiliğinden

hükümsüz kalacağı; bu durumda Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa göndereceği ile, 8'inci fıkrasında kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı ve bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneğinin Başkanlığa gönderileceği belirtilmiştir.

8'inci maddenin 2'nci fıkrasındaki *"Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir."* şeklindeki düzenlemeden önce, sadece kovuşturmaya yer olmadığı, beraat ya da içeriğin kaldırılması durumlarında erişim yasağı kararının ortadan kalkacağı ifade edilmişti. Bu durumda erişim yasağı kararı, kuramsal olarak, süresiz olarak verilebiliyordu. Getirilen düzenleme, her ne kadar bugüne kadarki uygulamada pek örneğine rastlanılmasa da erişim yasağı kararını, yargıç takdiri ile de olsa, süreye bağlaması yönüyle olumlu olmuştur. [(Bir görüşe göre, yine de maddeye kesin süre konmayarak, amacı gerçekleştirmeye yetip yetmemesi ölçütünün eklenmesi eksik ve hatalı olmuştur. Bu durumda yargıca çok geniş takdir hakkı tanınmaktadır. (Uzun, 2015, 231)]. Düzenleme ile, İnternet sitelerine süresiz olarak erişim yasağı konması sonucuna yol açabilen eski metindeki önemli bir eksiklik de giderilmiştir. Ne var ki TİB tarafından idari tedbir şeklinde verilen erişim yasağı kararının ise süresiz olarak uygulanma olasılığı bulunmaktadır.

Maddeye dayanılarak yargıç, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Maddenin 6518 sayılı Kanunun 92'nci maddesiyle değiştirilmeden önceki halinde yerine getirilmeyen kararlarla ilgili olarak, kararı uygulamayanlara 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmişti.

Kanaatimizce yapılan değişiklik kararı uygulamayan erişim sağlayıcıları sorumluları açısından, hapis cezaları para cezasına dönüştürüldüğünden daha lehe olmuştur.

Belirtilmelidir ki erişim yasağı tedbiri karşılaştırmalı hukukta da oldukça sıkı koşullarla uygulanmaktadır. Yasakların genellikle çocuk pornosu, ırkçılık ve nefret söylemi veya Nazizim propagandası ile sanal kumar oynatılması üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir.

Hukukumuzdaki erişim yasaklarının içeriğinin ve uygulanışının daha iyi kavranması ve düzenlemelere getirdiğimiz eleştirilerin anlaşılması adına karşılaştırmalı hukuktaki bazı uygulamalara değinmekte yarar görmekteyiz.

Almanya'da İnterneti ilgilendiren temel yasa Ocak 2007 tarihli "Telemediengesetz" *(TMG, Telecommunication Media Law)* adlı yasadır. Bu yasa hükümlerine göre, azınlıkların yok sayılması, inkarı veya azınlıklara karşı nefret uyandıran yayınlar yapılması "kara liste" uygulaması ile yasaklanmıştır. [(https://opennet.net/research/profiles/germany (Erişim Tarihi:16.07.2014)] Buna dayanılarak Almanya'da, çocuk pornosu, Nazizim, ırkçılık ve nefret söylemi gibi gerekçelerle İnternet sitelerine erişim yasağı konabilmektedir. [Kılınç, 2010, 426. https://opennet.net/research/profiles/germany (Erişim Tarihi:16.07.2014)]

Almanya'da erişim yasakları genellikle federe düzeyde uygulanmaktadır. Nitekim 2002 yılında Düsseldorf Yerel Hükümeti *(Bezirksregierung Düsseldorf)* 56 İnternet servis sağlayıcısını, ABD kökenli olup da aşırı sağcı söylem içeren bazı yabancı İnternet sitelerine erişim yasağı uygulamaya mecbur tutmuştur. Ayrıca Almanya'da Federal Meclis 18 Haziran 2009'da İnternet servis sağlayıcıların çocuk istismarına ilişkin sitelere erişim yasağı uygulamasına ilişkin yasayı da kabul etmiştir. [https://opennet.net/research/profiles/germany (Erişim Tarihi:16.07.2014); Kılınç, 2010, 427)]

Aynı şekilde Kuzey Rhine–Westphalia Eyalet Hükümeti, İnternet servis sağlayıcılara, IP-DNS veya proxy tabanlı erişim yasağı koymaları için karar almıştır. Ne var ki bu karar 26.000 imzalı bir İnternet karşı bildirisi ve kitlesel gösterilerle protesto edilmişse de 2005 yılında Düsseldorf İdare Mahkemesi,

yerel hükümetin bu kararını onaylamıştır. O tarihten sonra 76 İnternet servis sağlayıcı için aşırı sağcı söylem içeren İnternet sitelerine erişim yasağı uygulama zorunluluğu doğmuştur. Bu kararın dayanağı olan sözleşme ise sonradan yürürlükten kaldırılmıştır. [https:// opennet. net/ research / profiles / germany (Erişim Tarihi:16.07.2014); Marberth ve Kubicki, 2009, 353)]

Ayrıca Almanya Ceza Kanunu'nun *(Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB)* 184'üncü maddesi, çocuk pornografisinin üretimi, dağıtımı, erişim sağlanması, teşhir edilmesi, bulundurulması, kabul edilmesi ve (İnternet'ten) indirilmesini cezai yaptırım altına almıştır. Yasa, İnternet'teki pornografik içeriklerin çocuklar tarafından erişilirliğinin engellenmesi için işletmecilere kimlik doğrulama sistemi kurulması zorunluluğu getirmektedir. [Kılınç, 2010, 427. Ayrıca bkz:http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#184 (Erişim Tarihi:15.07.2014) Kılınç, 2010, 427.Ayrıca bkz: http://www. iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#184 (Erişim Tarihi:15.07.2014)]. Bu kapsamda Almanya'nın Bavyera Eyaleti'nde eyaletteki 200 civarındaki cinsel içerikli İnternet sitesi üzerine 1995 yılında erişim sağlayıcı Compu Serve tarafından erişim yasağı konmuştur. (Karagöz, 2004, 27)

Almanya'da halihazırdaki hukuki durumun, tüm uygulamalara ve tartışmalara rağmen erişim engellemesi sistemine ilkesel olarak izin vermediği ifade edilebilir. (Marberth ve Kubicki, 2009, 349). Bundan ötürü Almanya'da çocuk pornografisi açısından açık bir yasal düzenleme gereksinimi vardır. Yapılacak yasal düzenlemede ise ölçülülük ilkesine, hangi erişim yasağı yöntemine ne şekilde başvurulacağı açıkça belirtilmelidir. (Marberth ve Kubicki, 2009, 354). Zira halihazırdaki uygulamanın yasal dayanağı olmadığı gibi, uygulamanın Alman Polis Teşkilatı tarafından hazırlanan "Durdurma Sunucusu" sistemine göre çalıştığı ifade edilmelidir. **(**Marberth ve Kubicki, 2009, 352)

Fransa'da Ceza Yasası'nın R-645-1 maddesi Nazi propagandası içeren içeriklerin görselleştirilmesini ve bilgisayarlara indirilmesini de yasaklamaktadır. (Kohl, 2007, 227). Fransa'da bu gerekçe ile de web sitelerine erişim yasağı konabilir. **(**Kohl, 2007, 227). Ayrıca Fransa, Nazi propagandası dışında, nefret söylemi, ırkçılık ve çocuk pornosu içerikli İnternet sitelerini

Fransa'nın BTK'sı olarak tanımlanabilecek AFA aracılığı ile tespit ederek bloke etmektedir. (Almagor, 2015, 197)

Hollanda'da National Sporttotaliser Foundation v. Ladbrokes Ltd Davası, online kumar sitelerinin yasaklandığı bir örnek dava olması yönüyle önemlidir. (Kohl, 2007,167). Olayda, İngiltere ve Cebelitarık merkezli sanal kumar sitesi sahibi olan sanık Ladbrokes'in İnternet sitesine, Hollanda yasalarına aykırı olarak sanal kumar oynattığı gerekçesi ile Hollanda'daki bir bölge mahkemesi tarafından erişim yasağı konmuştur. İnternet sitesine Hollandalılar tarafından erişilememiştir. Ancak belirtilmelidir ki uyuşmazlığın temelinde, sanal kumarın yasak oluşu değil, Hollanda'daki lisans kuralları ile rekabet hukuku kurallarına uymamak yatmaktadır. İfade edilmelidir ki Hollanda'da 2007 yılında "durdurma sunucusu" adı verilen sistem oluşturulmuştur. Bu şekilde, yasaklı sitelere erişmek isteyen kullanıcıların IP numaralarının kaydedilmesinin önü açılmıştır. (Marberth ve Kubicki, 2009, 357)

Norveç, Finlandiya ve İsveç'te de Hollanda'daki sisteme benzer şekilde "durdurma sunucusu" sistemi uygulanmaktadır. (Marberth ve Kubicki, 2009, 357)

İngiltere, başta çocuk pornografisi ile mücadele olmak üzere, terörle mücadele gerekçesi ile de IWF *(İnternet Watch Foundation:İnternet İzleme Kuruluşu)* aracılığı ile İnternet sitelerine erişim yasağı koymakta veya içeriklere erişimi engellemektedir. (Kılınç, 2010, 422).

İngiltere, bu uygulamasını 2006 tarihli Terörizm Kanunu'nun *(Terorism Act)* 3'üncü kısmına dayandırmaktadır. [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/section/3 (Erişim Tarihi:17.07.2014)]. Hatta İngiltere, 2008 yılında, bir İnternet servis sağlayıcı, IWF'nin kararına dayanarak, 1976'da yayınlanan bir albümü uyarlarken albüm kapağında bir genç kızın müstehcen içerikli görüntülerinin yayınlandığı gerekçesi ile Wikipedia adlı İnternet sitesine erişim yasağı koymuş; o dönemde bu karar nesnel uygulanmadığı, sadece görüntüye değil, konu hakkındaki yazı ve bilgi içeriğine de erişim yasağı konduğu gerekçesi ile Wikipedia kullanıcıları tarafından eleştirilmiştir. Ayrıca kullanıcılar, İnternet servis sağlayıcısının Amazon.com gibi web

sitelerinde aynı albümün görüntülerinin yayınlandığı halde onlara müdahale edilmediği, buna karşın sadece Wikipedia'ya müdahale edilmesinin nesnellikten uzak olduğu gerekçesi ile uygulamayı eleştirmiştir. Bir süre sonra IWF tarafından adı geçen erişim yasağı, adı geçen sitenin yasaklı siteler listesinden kaldırılması suretiyle çözülmüş ve müstehcen içerik taşıyan görüntüye tüm İnternet sitelerinden erişim sağlanmaya başlanmıştır. [https://opennet.net/research/profiles/united-kingdom (Erişim Tarihi: 16.07.2014)]

İtalya, sanal kumar ve çocuk pornografisi yayını yapan İnternet sitelerini izlemekte ve gerektiğinde bu sitelere erişim yasağı koymaktadır. [https://opennet.net/research/profiles/italy (Erişim Tarihi:16.07.2014)]

Erişim yasakları Avrupa dışında da uygulanmaktadır. Bu bağlamda, ABD, Avusturalya ve Yeni Zelanda'dan uygulama örneklerine aşağıda kısaca değinilmiştir.

Avusturalya'da çocuk pornosu, terörizm propagandası, uyuşturucu kullanımını teşvik etme eylemleri hakkında, Avustralya İletişim ve Medya Kurumu *(ACMA: The Australian Communications and Media Authority)* [http://www.acma.gov.au/ (Erişim tarihi:16.07.2014)] bünyesindeki "Sınıflandırma Kurulu" *(Classification Board)* tarafından verilen raporlara göre, gerektiğinde erişim yasağı tedbiri uygulanabilmektedir. [http://archive.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=ACMA_ORG_OVIEW (Erişim tarihi: 16.07.2014)]. Bu bağlamda Avustralya'da (Radyo ve Televizyon Teftiş Kurulu) çocuk pornografisi içeriği barındıran sorunlu İnternet sayfalarını bir liste halinde belirlemektedir. (Marbert ve Kubicki, 2009, 358). Bu listeye gore 2011 yılı içerisinde Avustralya'daki ki büyük erişim sağlayıcı olan Telstra ve Optus 500'den fazla çocuk pornosu içerikli İnternet sitesini bloke etmiştir. (Almagor, 2015, 197)

Yeni Zelanda'da online kumar sitelerinin yaygınlaşması ve özellikle de bu tür sitelerin yurt dışından yayın yapması üzerine hükümet, bu tür sitelere erişim yasağı uygulamak için, sansüre varacak birtakım önlemlere başvurmuştur. Yeni Zelanda'da demokratik rejimin gereği olarak, İnternet siteleri üzerinden düşünceyi açıklama özgürlüğü sınırlandırılmasa da ülkenin ahlaki hassasiyetleri ve koşulları da gözetilerek özellikle yurt dışı kaynaklı

olan, yerel makamlardan gerekli izinleri almadan yayın yapan kumar sitelerine 2003 tarihli Kumar Yasası *(Gambling Act)* gereğince erişim yasağı veya filtreleme tedbiri uygulanmaktadır. (Kohl, 2007, 286)

ABD, telif hakkı ve kişilik hakkı ihlalleri ile İnternet'ten terör propagandası yapan web sitelerini takip ederek, gerektiğinde bu siteler hakkında içerik çıkarma talebinde bulunmakta veya sitelere erişimi engellemektedir.[http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/notes/ (Google şeffaflık raporu) (Erişim tarihi:16.07.2014)]. ABD, nefret söylemi konusunda Almanya, Fransa veya ve İngiltere kadar hassas olmasa da nefret söylemi gerekçesiyle İnternet sitelerine erişim yasağı koymaktadır. (Almagor, 2015, 243, 244)

Daha önce de ifade edildiği gibi, Singapur'da toplumsal ahlaki değerlere, politik istikrara, dini hoşgörüye ve kamu düzenine zarar verici içerik hukuka aykırı içerik sayılmıştır. Singapur ayrıca, Brunei, Malezya, Endonezya, Filipinler, Tayland ve Vietnam'ın da üyesi olduğu Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği'ne (Association of Southeast Asian Nations) üye olmuş, böylece "temel ve ortak Asya değerlerine aykırı yayın yapan" internet sitelerine erişimin engellenmesi ilkesini de benimsemiştir. (Bick, 2000, 99)

Yukarıda örnek olarak düzenlemeleri incelenen bazı ülkelerde, devlet politikası veya yasal olarak, belli suçlar için, denetimli serbestlik tedbiri şeklinde, kişisel nitelikli İnternet'e erişim yasağı konabilmektedir. Bu ülkelerden bazılarında ayrıca, cezaların kişiselleştirilmesi bağlamında belli nitelikteki suçluların İnternet'e girmesinin engellenmesi (kişisel engelleme) yönünde uygulamaya gidildiği de görülmektedir. Kişisel engelleme, sanığın/şüphelinin İnternet'e erişmesini engelleyen her türlü donanımın ve yazılımın sanığın/şüphelinin bilişim sistemine yüklenmesi, sanığın/şüphelinin İnternet iletişiminin denetlenmesi ya da yetkililere gerektiğinde sanığın/şüphelinin İnternet iletişiminin denetlenmesini sağlama hakkı verilmesi şeklinde tanınabilir. (Söyler, 2013, 261)

Örneğin Avustralya'da, İnternet'te tanıştığı bir adamı dışarıda buluşarak öldürmeye kalkışan 17 yaşındaki genç hakkında, yalnızca ödev hazırlayabilmesi için İnternet'e bağlanma, bunun dışındaki hallerde ise

İnternet'i kullanamamasına; ayrıca İnternet'i gece saat 9'dan sonra kullanamamasına ilişkin Melbourne Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 28.10.2003 tarihinde karar verilmiştir. (Smith/ Grabosky/ Urbas, 2004, 120)

ABD'de ABD-YM (Supreme Court) da benzeri bir olayda (United States v. Phillips, No. 14-2118 (12.01.2015) Kararı), cep telefonuna ve bilgisayarına yüklediği yetişkin pornosu görüntüleriyle birlikte kendi cinsel organını kadınlara gösterdiği gerekçesiyle bilgisayar kullanmaktan ve İnternet'e erişim hakkından yoksun bırakılan hükümlü Philips hakkında verilen cezanın orantısız olduğuna hükmetmiştir. Yerel mahkemeye göre bir kimsenin, bilgisayarında ya da cep telefonunda bu sayıda pornografik görüntü bulunduruyor olması, potansiyel olarak o kimsenin çocuk pornosu görüntüsü bulundurmaya da eğilimli olduğunu ortaya koymaktadır. [(http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca8/14-2118/14-2118-2015-05-05.pdf?ts=1430839888 United States v. Phillips, No. 14-2118 (12.01.2015) Kararı (Erişim Tarihi:8.8.2015). Karar, özetlenerek tarafımdan "mealen" aktarılmıştır. Karar, çalışmamızın I'nci Bölümü'nün 1.3.1.4 başlığında "bilgiye ulaşma hakkı" açısından değerlendirilmiştir. Burada ise yalnızca denetimli serbestlik bakımından değerlendirilmektedir.)]

Zira, hükümlü her ne kadar telefonunda pornografik içerikler bulundurmuş ve bunları da İnternet'ten yüklemişse de bunların çoğu yetişkin pornografisine ilişkin görüntüler olup, bir kişinin cep telefonunda veya bilgisayarında çok sayıda yetişkin pornosu görüntüsü bulunması, o kişinin İnternet erişiminden bu boyutta yoksun bırakılmasını haklı göstermez.

Yapılması gereken, hükümlüyü filtreleme yazılımı kullanmaya mecbur kılacak ve ömür boyu denetim altında tutacak bir karar vermek; böylece pornografik içerikli sitelere erişimini engellemek olmalıydı. Aksi halde, hükümlünün İnternet üzerinden bilgiye ulaşma hakkının da engellenmesi söz konusu olabilir.

ADB-YM benzeri bir olayda (United States v. Deaton, 204 F. Supp. 2d 1181, 22 Mayıs 2002) bilgisayarında çok sayıda çocuk pornosu görüntüsü bulundurmaktan mahkum edilen ve mahkumiyet kararı ile birlikte herhangi bir İnternet aboneliği alamaması ve İnternet kullanım hakkının da sınırlandırılması

yönünde hükümlü Deaton'un başvurusunu değerlendirmiştir. [(http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/204/1181/2429263/ (United States v. Deaton Kararı , 204 F. Supp. 2d 1181, (22 May 2002) (Erişim Tarihi:8.8.2015). Karar, özetlenerek tarafımdan "mealen" aktarılmıştır. Karar, çalışmamızın I'nci Bölümü'nün 1.3.1.4 başlığında "bilgiye ulaşma hakkı" açısından değerlendirilmiştir. Burada ise yalnızca denetimli serbestlik bakımından değerlendirilmektedir.)]

Mahkeme, Deaton hakkında hükümlünün hard disklerine, bilgisayarına ve İnternet'e erişmesini sağlayan diğer cihazlarına İnternet erişimini izleyecek yazılımların ve programların da yüklenmesine, ayrıca zaman zaman girdiği web sayfalarına, hükümlünün denetimli serbestliğe uyup uymadığını denetlemek için pornografik içerikli reklam gönderilmesine karar vermiştir. Ayrıca hükümlü hakkında "herhangi bir şekilde İnternet'e abone olamaması" yönünde de gerekçe kurmuştur.

Deaton, karardaki "herhangi bir şekilde İnternet abonesi olamaması" yönündeki gerekçeye itiraz etmiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre, Deaton hakkında verilen İnternet'e erişiminin engellenmesi kararı suçun vasfı gözetildiğinde kabul edilebilir bir cezadır. Ancak yerel mahkemece verilen ceza, İnternet'e erişimin tamamen ve süresiz olarak yasaklanması sonucunu doğurabilir niteliktedir. Ceza, bu yönüyle orantısızdır. Mahkeme, hükmün bu fıkrasının değiştirilmesi gerektiği düşüncesindedir. Buna göre hükümlünün İnternet'e abone olabilmesi ABD Denetimli Serbestlik Bürosu'nun iznine bağlanmalıdır. Ne var ki hükümlü tarafından yapılacak olası bir başvuruda denetimli serbestlik müdürlüğünce, İnternet'in, yaygınlaşan kullanım alanıyla bir iletişim aracı olarak günümüzde bilgiye ulaşma hakkı bakımından ne kadar önemli olduğu dikkate alınmalıdır. (Filtreleme ve bağlantısını sürekli izleme gibi farklı yöntemlerle denetim sağlanmalıdır.). Mahkemelerce de istikrarlı olarak belirtildiği üzere, "bilgisayar günümüzde bilgiye ulaşmanın temel araçlarından biridir." (988 275 F.3d.) Bu nedenle, hükmün yukarıdaki gerekçe ile düzeltilerek onanması gerekmektedir.

Örnektekilere benzeyen seçenek yaptırımlar hukukumuzda uygulama alanı bulabilir mi?

TCK'nın 53'üncü maddesindeki "kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" veya CMK'nun 109'uncu maddesindeki "adli kontrol"e benzer bir tür denetimli serbestlik hükmü olarak İnternet'e kişisel erişim engeli konması mümkün görünmekte ise de TCK'nın 53'üncü maddesinde kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar arasında İnternet'e kişisel olarak erişimin engellenmesi belirtilmediği için, adı geçen tedbirin uygulanması için açık yasal düzenleme gerektiği söylenebilir. (Söyler, 2013, 261). Aynı gerekçe ile şüpheli/şartlı salıverilen hükümlü hakkında İnternet'e kişisel olarak erişim yasağı konması da mümkün görünmemektedir. Zira, 109'uncu maddede sayılan adli kontrol tedbirleri arasında bu nitelikte bir tedbir belirtilmiş değildir. Şu halde, benzeri yaptırımların Türkiye'de de uygulanabilmesi için, hem CMK'da hem de TCK'da bu yönde düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. (Taşkın, 2008, 181)

Ülkemiz dışındaki erişim yasağı uygulamaları hakkında fikir vermesi ve ülkemizdeki uygulamaya yol göstermesi açısından bazı "tavsiye niteliğindeki" kararlardan veya bildirilerden de bahsetmekte yarar görülmektedir.

Avrupa Konseyi (AK) Bakanlar Komitesi 28 Mayıs 2003 tarihinde *"İnternette İletişim Özgürlüğü'ne İlişkin Deklerasyon (Bildirge)" (Decleration on freedom of communication on the İnternet*) yayınlayarak, AK üyesi ülkelerde uygulanması gereken temel ilkeleri belirlemiştir. (Avcı, 2031, 262). Bu bildirgede temel 7 başlık altında İnternet'e erişim özgürlüğüne ilişkin "tavsiye niteliğinde" ilkeler belirlenmiştir. [(Avcı, 2013, 262-264. Decleration on freedom of communication on the İnternet (https://wcd.coe.İnt/View Doc.jsp?id=37031) (Erişim Tarihi:03.03.2014)]

Bu ilkeler İnternet'e ilişkin içerik kuralları, denetim, devletin İnternet trafiğine müdahalesinin engellenmesi *(kütüphaneler veya halka açık yerlerde küçüklerin korunması amacıyla filtreleme yazılımları kullanılabilir)* (Kohl, 2007, 255) web sitesi kurma ile İnternet üzerinden yapılacak olan iletişimin önündeki engellerin kaldırılması, hizmetlerin İnternet üzerinden sunulmasının teşvik edilmesi, İnternet servis sağlayıcıların hukuka aykırı içerikten sınırlı şekilde sorumlu tutulması ile, İnternet üzerinden yapılan tüm işlemlerde kişisel

bilgilerle kimliğin gizli tutulması ilkeleridir. (Geniş açıklama için bkz Avcı, 2013, 262-264)

Belirtilmelidir ki bildirgedeki üçüncü ilke devlete, belli koşullarla ve AİHS'nin 10/2'nci maddesindeki ölçütlere uygun olarak İnternet zararlı içeriğinin çıkarılması, hatta ulusal yetkili yargı mercilerinin içeriğin yasa dışılığı hakkında geçici veya kesin karar vermiş olmaları kaydıyla, İnternet sitelerine erişim yasağı koyma yetkisi tanınabileceğini ifade etmektedir. [(Avcı, 2013, 263. İngilizce metin için bkz (https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=37031) (Erişim Tarihi:03.03.2014)]. Ancak her durumda devletlerin genel filtreleme gibi sansür sonucuna varan uygulamalardan ilkesel olarak kaçınması gerekmektedir. (Kohl, 2007, 256)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 16 Nisan 2014 günlü oturumunda "İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Rehberi"ni *(Guide to Human Rights for İnternet Users)* kabul etmiştir. [(Kararının İngilizce sürümü için bkz: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2184807 Guide to Human Rights for İnternet Users (Erişim Tarihi:04.08.2014)] "Tavsiye niteliğindeki" karara göre, İnternet'ten yararlanan tüm bireylere bu hakkın tanınması yetmemekte, hakkın önündeki tüm keyfi, orantısız, ölçüsüz ve hukuka aykırı sınırlandırmaların da kaldırılması ve kullanıcıları bu şekildeki sınırlamalara maruz bırakmaması gerekmektedir. Ayrıca, taraf devletler, İnternet'e erişim hakkının engellenmesi durumunda buna yapılacak olan itirazları "anlaşılır" ve kuşkudan uzak normlarla güvence altına alarak hak arama özgürlüğünü de etkin biçimde sağlamakla yükümlüdürler. [http://anayasagundemi.com/2014/04/20/avrupa-konseyi-ve-avrupa-birliginden-İnternet-ile-ilgili-iki-onemli-karar/ (Erişim Tar ihi: 04.08.2014)]

Ayrıca adı geçen karara göre, taraf devletlerin mevzuatındaki AİHS ve AİHM ölçütlerine aykırı olan kuralları da arındırması gerekmektedir. [http:// anayasagundemi.com/2014/04/20/avrupa-konseyi-ve-avrupa-birliginden-İnternet-ile-ilgili-iki-onemli-karar/ (Erişim Tarihi:04.08.2014)]

Öte yandan, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, BM-MSHS'nin 19'uncu maddesiyle ilgili [(http://www.ihop.org.tr/dosya/ sozlesme/ (Erişim Tarihi:01.02.2014)] 11-29 Temmuz 2011 tarihli 102'nci oturumunda

kabul ettiği 34 sayılı genel görüşünde [Komite, taraf devletlerin şikayet başvurularını görüştüğü gibi, tavsiye veya BM-MSHS'nin uygulanmasını yorumlama niteliğinde görüşler de bildirebilir. Komitenin temel işlevi taraf devletlere genel yorumlar hazırlayıp iletmektir. Şikayet başvurusu ise farklı bir yöntemdir. (Gemalmaz, 2014/1, 252)]. İnternet sitelerine konacak sınırlamalar için uyulması gereken ilkeleri şöyle özetlemiştir:

> *"43.Web sayfalarının, blogların veya İnternet temelli, elektronik veya diğer bilgi yaygınlaştırma sistemlerinin, ayrıca örneğin İnternet hizmet sunucuları veya arama motorları gibi bu tür iletişimi destekleyen sistemlerin isleyişine getirilecek herhangi bir kısıtlama, ancak 3'üncü paragrafa uygun gerekçelerle kabul edilebilir. İzin verilebilir kısıtlamalar genellikle içeriğe özgü olmalıdır; belirli sitelerin ve sistemlerin isleyişine getirilecek genel yasaklar paragraf 3'le bağdaşmaz. Ayrıca, bir siteye veya enformasyon yaygınlaştırma sistemine yalnızca hükümete veya hükümetin temsil ettiği siyasal sisteme yönelik eleştirel tutum alabileceği ve bu yönde yayınlar yapabileceği gerekçesiyle yasak getirilmesi de 3'üncü paragrafla bağdaşmaz."* [AİHM'in Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı'nın 30'uncu paragrafından alınmıştır. http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf (Erişim Tarihi:01.08.2013)]

Genel bir gözlem olarak, Türkiye'deki İnternet erişiminin karşılaştırmalı hukuktaki veya AB tavsiye kararlarındaki örneklerine uygun olarak sınırlandırılmadığı, katalogdaki suçların oldukça geniş ve tartışmalı hükümler içerdiği, bundan ötürü de uygulamada ciddi sorunlar yaşandığı görülmektedir.

5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin karşılaştırmalı hukuktaki örneklerine uygun şekilde düzenlenmemesi durumunda sorunların giderek büyüyeceği söylenebilir. Aşağıda 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi diğer boyutlarıyla değerlendirilmektedir.

2.5.1.2. Ondördüncü Fıkradaki Erişim Yasağının Değerlendirilmesi

8'inci maddede sayılan katalog suçların yanı sıra, 8'inci maddeye 12/7/2013 tarihinde 6495 Sayılı Kanun'un 47'inci maddesi ile eklenen 14'üncü fıkra ile 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşların, kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilecekleri belirtilmiştir. Buna göre, verilen erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere TİB'e gönderilir.

Fıkrada, eleştirilecek pek çok yön olduğu söylenebilir. Öncelikle, yasa metni ile göndermede bulunulan 5602 Sayılı Kanun'un md 3/1-ç maddesinde ilgili kurum ve kuruluş: *"İlgili mevzuat çerçevesinde şans oyunu tertip etme hak ve yetkisine sahip kurumlar ile bu hak ve yetkinin devredildiği kurum, kuruluş ve özel hukuk tüzel kişilerini"* şeklinde ifade edilmişse de adı geçen maddede bu kurum, kuruluşlar veya özel hukuk tüzel kişilerinin kimler olduğu belirtilmiş değildir. Kanuna dayalı olarak çıkarılan *"Şans Oyunları Lisansının Verilmesi, Lisansa Konu Faaliyetlerin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik"*in (15.10.2008 T ve 27025 Sayılı RG.) 7'inci maddesinde adı geçen kurum, kuruluş veya özel hukuk tüzel kişilerinin TTK'ya göre kurulmuş olan anonim şirket olması, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre müflis olmaması, konkordato ilan etmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması ile yasada aranan diğer koşulları taşıyan şirketler olması gerektiği ifade edilmiştir. Yasada bunun dışında bir belirtge yoktur.

Öyleyse, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 14'üncü fıkrası gereğince Milli Piyango İdaresi ile yasadaki koşulları taşıyan anonim şirketler ve yasadan yetkisini alan gerçek kişiler, herhangi bir mahkeme kararına gerek duymaksızın kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabileceklerdir. Bu karar, gereği için sonradan TİB'e gönderilecektir.

Öncelikle, yargıç kararı aranmaksızın, görev tanımı ve yetkisi yasada açıkça belirtilmeyen kişi ya da kuruluşlara kendi görev alanına giren suçlarla ilgili erişim yasağı kararı alma yetkisinin tanınmış olmasının, hukuk devletinin temel koşullarından olarak ifade edilebilecek olan temel hak ve özgürlüklerin yargıç kararı ile sınırlandırılması ilkesiyle bağdaşmadığı için hukuka uygun olmadığı söylenebilir. Ayrıca, belirtilen kişi, kurum ya da kuruluşların verdiği kararların hiç değilse sonradan yargıç onayına sunulması dahi bir nebze olsun teminat sağlayabilirdi. Oysa, alınan kararlar sonradan da olsa yargıç onayına tabi tutulmamaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 38'inci maddesi ile bağdaşık olduğunu söylemek mümkün değildir.

Yasada belirtilen kişi, kurum ya da kuruluşların vereceği erişim yasağı kararlarına karşı nereye itiraz edileceği de düzenlenmiş değildir. Özel hukuk tüzel kişisinin aldığı erişim yasağı kararına karşı nereye itiraz edilecektir? Diğer yandan, özel hukuk tüzel kişisinin yargıç gibi davranarak erişim yasağı kararı alması hangi hukuk normu ile izah edilebilir?

Diğer yandan, yasada görev tanımı ve yetkisi belirtilmeyen kurum, kişi ya da kuruluşların görev alanına hangi suçların girdiği de belirsizdir. Ceza hukukunda belirlilik ilkesi en temel ilkelerden olup, hukuk güvenliğinin de gereklerindendir. Belirlilik ilkesinin olmadığı bir durumda hukuk ve kişi güvenliğinden de bahsedilmesi mümkün değildir.

Oysa, 5651 Sayılı Kanun'un 8/14'üncü maddesi ile belirtilen kurum ve kuruluşlar ile; 5651 Sayılı Kanun'un 8/1- a bendinde belirtilen suçları (çocukların cinsel istismarı (TCK 103/1), müstehcenlik (TCK 226) ve fuhuş (TCK 227)) barındıran İnternet sitelerine TİB tarafından resen erişim yasağı konabilmektedir. Ayrıca TİB, 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesi ile 9/A maddesinin 8'inci fıkrası gereğince de bazı koşulların oluşması durumunda İnternet sitelerine doğrudan doğruya erişim yasağı koyabilmektedir. Şu halde 5651 Sayılı Kanun'un AİHM ve AYM içtihadına belirlilik ilkesi açısından uyumlu olmadığı söylenebilir.

Anayasa'nın 153/son hükmü karşısında, bireysel başvuru yoluyla dahi verilmiş olsa, AYM'nin İnternet'e erişim hakkına ilişkin yasanın niteliğine dair gerekçelerinin yasa koyucu açısından da "bağlayıcı" olduğunu söylemek

mümkündür. (153'üncü maddenin başlık ve içerik itibarıyla AYM'nin iptal kararlarıyla ilgili olduğu savunulabilir. Lâkin, 153/son hükmü, AYM kararlarından bahsetmektedir. Şu halde, hem iptal, hem yürürlüğün durdurulması hem de bireysel başvuru yolu ile verilen AYM kararlarının, doğuracağı sonuçlar ve etkisi yönünden olmasa dahi gerekçe bakımından tüm yasama, yürütme ve yargı mercilerini, gerçek ve tüzel kişileri bağladığını ifade etmek mümkündür.)

Başka bir bakış açısıyla konu değerlendirildiğinde, 5651 Sayılı Kanun'nun 8'inci maddesine eklenen 14'üncü fıkra ile, Anayasa'nın 36'ıncı maddesiyle güvence altına alınan hak arama hürriyetinin de ihlal edildiği öne sürülebilir.

Zira, fıkra gereğince alınacak olan erişim yasağı kararlarına karşı itiraz yolu kapatılmıştır. Kanımızca bu durumda CMK'nın 267'inci maddesi hükümlerine göre itiraz olanağı da bulunmamaktadır. Zira, CMK 267'de, yargıç kararı ile yasada açıkça gösterilen durumlarda mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir. Oysa, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 14'üncü fıkrasına göre verilen erişim yasağı kararları yargıç veya mahkeme kararı değildir. Bu nedenle, alınan bu kararlara CMK 267 gereğince itiraz edilmesi mümkün görünmemektedir.

Diğer yandan, maddenin 14'üncü fıkrasına göre alınan erişim yasağı kararlarına karşı idari yargıya gitmek de mümkün olmayabilir. Zira, 5602 Sayılı Kanun'un 3/1-ç maddesinde belirtilen yetkili kurumların idare hukuku anlamında, idari yargıya konu edilebilecek bir idari işlem yapmaları şart değildir. Başka bir deyişle, 5602 Sayılı Kanun'un 3/1-ç maddesinde belirtilen yetkili kurumlar, özel hukuk tüzel kişiliği veya gerçek kişi ise, özel hukuk alanında sonuç doğuracak kararlar da alabilirler. Özel hukuk tüzel kişilerinin veya gerçek kişilerin işlemlerine karşı da idari yargıda dava açılması hukuken olanak dışıdır. Yasada, 8'inci maddenin 14'üncü fıkrasına göre alınacak olan erişim yasağı kararlarına karşı hangi mahkemeye itiraz edileceği de belirtilmemiş olduğu için, bahsi geçen düzenlemeye yeğin (maruz) kalan web sitesi sahiplerinin hak aramaları hukuken olanaksızlaşmış olmaktadır. Kaldı ki zaten uygulamada İnternet sitesi kapatılan site sorumlularına kapatma kararı da

tebliğ edilmemektedir. Bu durumun da Anayasa'nın 36'ncı ve AİHS'nin 6'ncı maddesi kapsamında himaye gören "hak arama hürriyeti" ile bağdaşmadığını söylemek mümkündür.

5651 Sayılı Kanun'un 8/2'inci maddesinin son cümlesindeki *"Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir."* şeklindeki düzenleme, ancak ilk fıkrada sınırlı sayı ilkesine göre sayılan sekiz ayrı suç bakımından alınacak olan erişim yasağı kararları için geçerlidir. Bu nedenle, iki numaralı fıkranın 14 numaralı fıkra için uygulanması olanaklı görünmemektedir.

Yukarıda belirtilen sakıncaların bir nebze olsun giderilebilmesi için, 14'üncü fıkra gereğince web sitelerine erişim yasağı konan kişiler için, 2'inci fıkranın son cümlesindeki hükmü "kıyasen" uygulayarak CMK hükümlerine göre itiraz etmekten başka bir olasılık da görünmemektedir. Aksine bir kabul, hukuk devletinin temel gereklerinden olan yargıya etkili başvuru hakkının da ihlali anlamına geleceğinden, olası bir başvuru durumunda Türkiye'yi AİHS'in 13'üncü maddesi kapsamında, etkili başvuru yolunun bulunmaması gerekçesi ile mahkum ettirebilir.

Şu halde, özetle 8'inci maddenin 14'üncü fıkrasına dayanılarak alınan erişim yasağı kararlarının AİHS 6'ıncı maddesi anlamında içerik kazanan adil yargılanma hakkı ile hak arama hürriyetinin ihlali ile, etkili başvuru yolu öngörmediği için AİHS'in13'üncü maddesine aykırılık oluşturduğu söylenebilecektir.

Yapılması gereken, 8'inci maddenin 14'üncü fıkrasının ya tamamen kaldırılması ya da madde mevcut hali ile korunacaksa (ki kanaatimizce tamamen kaldırılmalıdır) alınacak olan kararlara karşı etkili bir başvuru olanağının açıkça tanınmasıdır. Eğer madde kaldırılmayacaksa, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 26/2/2014 tarih ve 6527 Sayılı Kanun'un 17'inci maddesi ile eklenen 15'inci fıkrasındaki gibi bir özel uzmanlık mahkemesine itirazın incelenmesi görevi verilmelidir.

2.5.1.3. Erişim Yasağı Kararına İtiraz Hakkının Değerlendirilmesi

TİB'in idari tedbir mahiyetindeki erişim yasağı kararlarına karşı ancak idari yargıda iptal davası açmanın mümkün olduğuna ancak bunun idari yargının yavaş işlemesinden ötürü uzun sürecek bir yöntem olduğuna çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.2.1.2 (TİB'in İnternet Üzerindeki Yetkileri) kısmında değinmiştik.

Ancak itiraz bakımından, idari yargıdaki "menfaat" kavramının yorumlanması ile CMK'daki "ilgili" kavramının yorumlanması konumuz açısından önem taşımaktadır. Başka bir deyişle, erişim yasağı kararına yapılacak olan itirazlarda, o İnternet sitesini kullanan herkesin yasağa itiraz etme hakkının bulunup bulunmadığı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

CMK 268/1'e göre, ilgili olan "herkes" bir karara itiraz edebilmekteyken, idari yargıda dava ehliyetinin varlığı için "meşru, doğrudan ve güncel bir hakkının ihlal olması" şartı aranmaktadır. (Hanağası, 2009, 136-261). Menfaat ihlalinin böyle bir davada ispatı da güç olabilecektir. Bu da ciddi hak yitimlerine yol açabilir.

Bir görüşe göre, erişimin engellenmesi kararına CMK'nın 260/1 ve 237/1 maddeleri gereğince herkesin itiraz edebilmesi mümkün değildir. Kimlerin kararlara itiraz edebileceği adı geçen maddelerde açıkça ifade edilmiştir. 268'inci maddedeki "ilgili" sıfatını adı geçen maddelerde belirtilen kişilerle sınırlı tutmak gerekmektedir. (Uzun, 2015, 235)

Daha önce de ifade edildiği üzere, gerçekten de CMK'nın 260/1 gereğince bir hakim veya mahkeme kararında ancak Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar itiraz etme hakkına sahiptir. Keza CMK 237/1 gereğince, Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların itiraz hakkı vardır. Bu nedenle, CMK 237/1 ve 260/1 hükümleri, itiraz hakkını kısıtlamaktadır. Oysa itiraz hakkı, İnternet sitesine

erişemeyen herkese (tüm kullanıcılara) ilke olarak tanınmalıdır. (Taşkın, 2008, 159)

AİHM nezdinde mahkum olduğumuz Ahmet Yıldırım Kararı'nda (18 Aralık 2012 T., 3111/10) başvurucunun dava ehliyeti kabul edilmişse de Akdeniz-Türkiye (kabul edilemezlik) kararında başvurucu Yaman Akdeniz'in dava ehliyeti AİHM tarafından kabul edilmemiştir. [http:// inhak. adalet. gov.tr /ara/karar/ahmetyildirim.pdf Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı (18.12.2012 T., 3111/10) (Erişim Tarihi: 01.08.2013) http:// hudoc. echr. coe. int/ eng# {%22 itemid%22:[%22002-9493%22]} - Akdeniz-Türkiye Kabul Edilemezlik Kararı, İngilizce özet, (Erişim Tarihi:06.08.2015)]

Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı ile Akdeniz-Türkiye (kabul edilemezlik) kararları, "orantılılık ve şahsilik" ilkeleri açısından çalışmamızın II'nci Bölüm'ün 2.5.3 başlığında geniş biçimde değerlendirilmişse de bu başlıkta her iki kararı yalnızca dava ehliyeti ve menfaat açısından değerlendirilmektedir.

Akdeniz Türkiye Kararı'nda başvurucu Yaman Akdeniz, Haziran 2009'da savcılık kanalıyla "myspace" ve "last.fm" adlı web sitelerine müzik çalışanlarının telif haklarına aykırı yayın yaptıkları gerekçesiyle erişim yasağı koydurtmasına ilişkin karar kesinleştikten sonra, konan yasakların kendisinin de adı geçen İnternet sitelerinin kullanıcısı olduğu gerekçesiyle mağduriyetine yol açtığı gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur.

Başvuruda AİHM, başvurucunun erişime engellenen İnternet sitelerinin kullanıcısı olmasının başvuru ehliyeti açısından yeterli olmadığına; başvurucu ile engellenen İnternet siteleri arasında kabul edilebilir derecede bir bağın varlığı ile bu sitelere konan erişim yasağından ötürü başvurucunun genel çıkarının nasıl ihlal olduğunun kanıtlanması gerektiğine hükmetmiştir. Zira, erişime engellenen İnternet siteleri Ahmet Yıldırım'ın İnternet sitesi gibi düşünülmemelidir. Ahmet Yıldırım-Türkiye (3111/10, 18 Aralık 2012) Kararı'ndan farklı olarak başvurucu ile kapatılan İnternet siteleri arasında "kullanıcı" olmanın ötesinde bir ilişkinin varlığından söz edilemez. Ahmet Yıldırım ise, kullanıcı olmaktan öte bir web sitesinin sahibi olarak Google'a konan genel nitelikteki erişim yasağı nedeniyle kendi bloğuna erişim

sağlayamadığı için mağdur olmuştur. Bu nedenle AİHM, huzurdaki davada başvurucunun genel bir çıkarının nasıl ihlal olduğu konusunda ikna olmamıştır. (Mealen çeviri tarafımdan yapılmıştır.)

Kararın ilgili kısımları özetle şöyledir: (Çeviri tarafımdan yapılmıştır.)

"Başvurucu, bu sitelerin bir kullanıcısı olarak, diğer site kullanıcıları gibi, pek çok site arasından yalnızca bu siteler üzerinden müzik dinleme hakkından yoksun kalmıştır. Ancak başvurucunun, aynı müziklere, başka siteler üzerinden telif haklarının ihlali söz konusu olmadan da ulaşabilmesi güç değildir. Buna ek olarak başvurucu, erişime engellenen İnternet sitelerinin kendisi açısından önemli bir iletişim veya bilgiye ulaşma kaynağı olduğunu ispatlayamamıştır. Buna göre gerçek şudur ki başvuru sahibi, adı geçen web sitelerine erişim hakkından mahrum bırakılmasının genel çıkarını nasıl etkilediğini açıklayamamıştır.

Bu olgu, olayı Ahmet Yıldırım-Türkiye (3111/10, 18 Aralık 2012) Kararı'ndan farklı kılmaktadır. Adı geçen kararda başvurucu, bir web sitesinin sahibi olarak Google modülüne uygulanan genel erişim yasağı nedeniyle kendi bloguna erişim sağlayamadığı için mahkemeye başvurmuştu……Bu içtihadı ışığında AİHM, huzurdaki davada genel bir çıkarın ihlal olduğu konusunda ikna olmamıştır."

AYM, Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında başvuruculaların başvuru ehliyetini geniş yorumlamıştır. Buna göre İnternet sitelerine konan erişim yasaklarına itiraz edilmesi durumunda, erişim yasağı konan siteden bir nedenle yararlanan herkese itiraz hakkı tanınması gerekir. Kararın ilgili bölümü özetle şöyledir:

"27. Başvuruculardan Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak ve Metin Feyzioğlu çeşitli üniversitelerde öğretim üyesi olarak çalışmaktadırlar. Bu başvurucular insan hakları ve ceza hukuku alanında bilimsel çalışmalar yaptıklarını, bu çalışmalarını Youtube.com isimli İnternet sitesinde yer alan hesapları üzerinden paylaştıklarını, aynı zamanda çalışma alanları ile ilgili Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi metin ve görsellerine site üzerinden

ulaştıklarını ifade etmişlerdir. Başvuruculardan Mustafa Sezgin Tanrıkulu ve Mahmut Tanal ise İstanbul milletvekili olarak görev yapmakta olup anılan site üzerinden yasama organındaki konuşma ve faaliyetlerini site aracığı ile paylaştıklarını, ayrıca çalışma alanları olan insan hakları hukuku ile ilgili konularda siteden faydalandıklarını belirtmişlerdir. Başvuruculardan Mesut Bedirhanoğlu sitenin aktif olarak kullanıcısı olmasının yanında, uluslararası insan hakları hukukunda doktora yapması nedeniyle uzmanlık alanı ile ilgili seminer konferans ve televizyon programlarının görüntülerini anılan site üzerinden paylaştığını ifade etmiştir….

28. Bu açıklamalar ışığında başvuruculaların Youtube.com isimli İnternet sitesinin tümüyle erişime engellenmesine ilişkin idari işlemden doğrudan etkilendikleri anlaşılmaktadır." [http://www. kararlaryeni. anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

AYM'nin bu kararı, idari yargıdaki menfaat yorumunu genişlettiği için fevkâlade önemlidir. İdari yargıda, dava ehliyeti yönünden aranan doğrudan, güncel, meşru ve kişisel menfaat şartı, (Hanağası, 2009, 136-271). AYM kararı ile, erişim yasağı kararına muhatap kalan herkesin (ve hatta İnternet sitesini kullanan kişilerin) bu işlemden ötürü doğrudan, güncel, meşru ve kişisel menfaatinin etkilendiğini kabul etmesi yönüyle önemlidir. Zira AYM, bir web sitesi üzerinden araştırma yapan herhangi birini, o kişinin araştırma yapma hakkı ihlal edildiği için, ilgili web sitesinin yetkilisi olsun ya da olmasın, salt kullanıcı olmasından ötürü "menfaat sahibi" kabul etmiştir.

AYM'nin bu kararının, dava ehliyeti bakımından yukarıda özetlenen AİHM'in Ahmet Yıldırım esastan kabul ve Yaman Akdeniz kabul edilemezlik kararlarından bir adım ötede olduğunu söylemek mümkündür. Zira, Youtube Kararı'nda, AİHM'in Ahmet Yıldırım ve Yaman Akdeniz Kararları'ndan farklı olarak, İnternet sitesinin kullanıcısı olmak dahi menfaat ihlali bakımından yeterli kabul edilmiş ve başvuruculara itiraz hakkı tanınmıştır. Oysa AİHM, Ahmet Yıldırım Kararı'nda salt bir İnternet sitesinin kullanıcısı olmayı başvuru

ehliyetinin varlığı açısından yeterli görmemiş, o İnternet sitesinin yasal sorumlusu (sahibi) olmayı da aramıştır. Nitekim Yaman Akdeniz kabul edilemezlik kararından da AİHM'in bir İnternet sitesinin kullanıcısı olmanın başvuru ehliyetinin kabulü açısından yeterli olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Bu yönleriyle Youtube Kararı'nda AYM dava ehliyeti açısından gerçekten de AİHM'in "bir adım ötesine" geçmiştir.

İdari yargı dava açmada menfaat ilkesini AYM kadar geniş yorumlamamaktadır. AYM'nin bu tespiti, idari yargıdaki menfaat ilkesinin yorumu açısından da yol göstericidir. Zira, birkaç paragraf yukarıda da ifade edildiği üzere, Anayasa'nın 153/son hükmü karşısında, İnternet'e erişim yasaklarına ilişkin bir başvuruda bu gerekçenin, tüm idari yargı bakımından "bağlayıcı" olduğunu söylemek de mümkündür.

2.5.1.4. Maddenin Belirlilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

2.5.1.4.1. Genel Değerlendirme

Hatırlatmak gerekir ki AİHM'in temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kullandığı ölçütlerden en önemlileri ve AİHM içtihadının oluşumuna ışık tutanları sınırlamanın yasa ile, meşru bir amaca yönelerek ve demokratik toplumda gerekli olacak şekilde yapılmış olmasıdır. (Kaboğlu, 2013, 77). Öte yandan, yasaya dayanılarak yapılan sınırlandırmanın, aynı zamanda demokratik toplum için zorunlu bir önlem olması da gerekmektedir. Ancak bu zorunluluk, "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç"ın varlığı şeklinde anlaşılmalıdır. (Kaboğlu, 2013, 79)

Buna göre, bir sınırlandırmanın öncelikle yasa ile düzenlenmiş olması gerekir ve bu yasanın herkesçe anlaşılır açıklıkta bulunması şarttır. (Özdek, 2004, 241). Başka bir anlatımla, yasanın yalnızca "görünüşte" var olması yetmez. İfade özgürlüğüne sınırlandırma getirecek olan yasanın açık, anlaşılır ve anlamda belirsizliğe yol açmayacak şekilde düzenlenmiş olması da gerekir. [(Özdek, 2004, 241. Kanunla sınırlandırmadan anlaşılan, sınırlandırmanın salt şekli anlamdaki bir yasal düzenlemeye dayanması değildir. Sınırlandırmaya esas olan kanunun açık ve anlaşılır olması, kanuna herkes tarafından

ulaşılabilmesi de gerekmektedir. Ceza yasalarında belirlilik ilkesi için bkz Montesquieu,1998, 332- 339 vd.; Beccaria, 2013, 41; Selçuk, 2004, s.35)]. Ne var ki öngörülebilirlik, bir kesinliği ifade etmekten çok "makul düzeyde öngörülebilirlik" olarak anlaşılmalıdır. (Avcı, 2013, 94). Başka bir söyleyişle, bir hak ve özgürlüğe müdahalenin dayanağını oluşturan yasada "ulaşılabilirlik", "öngörülebilirlik" ve "açıklık" özelliklerinin bulunması gerekmektedir. (Bulduk, 2014, 82)

Ayrıca, hak ve özgürlüğü yapılan müdahalenin bu müdahale ile ulaşılmak istenen amaçla bağdaşması (orantılı olması) da şarttır. (Orantılılık ilkesine ilişkin geniş değerlendirme için bkz aşağıda Bölüm II, 2.5.3 başlığı)

AİHM'e göre, sınırlamanın yasa ile düzenlenmiş olmasından amaçlanan keyfiliğin önlenmesi olup, Sunday Times/İngiltere (1979) [Kısa özet için bkz Avcı, 2013, 138. İngilizce metin için bkz Case of Sunday Times v United Kingdom [http://hudoc.echr.coe.int /sites/ eng/Pages /search.aspx#{ %22 fulltext%22:[%22Sunday%20Times%22],%22documentcollectionid2%22:[%2 2GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57584%22]} (Erişim Tarihi: 07.11.2013)] ve Silver/İngiltere (1983) Kararın Türkçe geniş çevirisi için bkz https://ihami. anadolu.edu. tr/ aihmgoster. asp?id =66 (Erişim Tarihi: 07.11.2013).İngilizce metin için bkz Case of Silver and Others v. United Kingdom http://hudoc. echr.coe.int /sites/eng/Pages /search.aspx#{%22fulltext%22: [%22Silver%22], %22documentcol lectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22item id%22:[%22001-57577%22]}(Erişim Tarihi: 07.11.2013)] kararlarında oluşturulan bu ölçüt, Sözleşme'nin 8/2'nci ve 11/2'nci maddelerinde karşılığını bulmaktadır. Bu ölçüte göre, yasanın bireyler tarafından rahatlıkla ulaşılabilir, açık ve anlaşılır olması gerekmektedir.

Hasman ve Harrup/ Birleşik Krallık Kararı'nda ise (25.11.1999) AİHM, yasayla öngörülebilirlik koşulunu yorumlarken, yasaların vatandaşların davranışlarını düzenlemesini olanaklı kılacak kesinlikte olmasını yeterli görmekteyse de bu kesinliğin "katılık" derecesine ulaşmaması, değişen yeni koşullara uyum sağlayabilmesi gerektiğini de belirtmiştir. [Kısa Türkçe özet için bkz Tanju, 2012, 169 .İngilizce metin için bkz Case Of Hashman and

Harrup v. United Kingdom http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22harrup%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58365%22]} (Erişim Tarihi: 03.02. 2014)]

Ne var ki Delfi Kararı'nda AİHM belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesine ilişkin yerleşik yorumunu biraz farklılaştırmıştır. Kararda, açık olmayan normun, bu işlerde uzman olan Delfi tarafından yorumlanması gerektiği, bu nitelikteki bir habere konacak olan yorumların kişilik haklarına aykırılık oluşturabileceğinin öngörülmemesinin Delfi'nin kusuru olduğu ifade edilmiştir. (Delfi Kararı, Adalet Bak. çevirisi, Bölüm IV-I-D (Mahkemenin Değerlendirmesi), p.20)

Meşru bir amaç içerme ile ise, sınırlandırma nedenlerinin ancak Sözleşme'nin ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere dayanması gerektiği anlaşılmaktadır. (Kaboğlu, 2013, 78). Bu ilke, "nedene bağlılık ilkesi" olarak da adlandırılabilir. (Kaboğlu, 2013, 79). Bunun en güzel örneği Sözleşme'nin 8/2 ile 11/2 maddelerinde belirtilen sınırlandırma nedenleridir. Bu nedenler, ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, yargının tarafsızlığının korunması gibi konulardır. (Fendoğlu, 2002, 137). Bu nedenle, sözgelimi ifade özgürlüğüne 10/2'nci maddede sayılan nedenlerin dışında bir nedenle sınırlama konması veya buradaki sınırlandırma nedenlerinin başka hak ve özgürlükler için uygulanması, meşru amaca yönelme ilkesi nedeniyle mümkün değildir. (Avcı, 2013, 96)

Kolayca anlaşılır olmaktan ise, toplumun genelinin özel bir çaba harcamaksızın, belli bir kuralı basitçe ve ilk bakışta gözlenebilir temel yargılara dayanarak yorumlayabilmesi anlaşılmaktadır. (Özbek, 2009, 41)

AİHM yasanın belirlilik ilkesi taşımasının hukuk devletinin önemli güvencelerinden olduğuna, bu ilke gereğince, yasanın sıradan insanlar tarafından da ihtiyaç olduğunda hukuki yardım alınarak anlaşılabilecek şekilde düzenlenmesinin gerekliliğine, öte yandan yasanın anlaşılır olmasının çok katı uygulamalara da yol açma tehlikesinin bulunduğuna, bundan ötürü de yorumun

biraz da uygulamayla netleştirilmesi gerektiğine 4.10.2011 tarihli Altuğ Taner Akçam-Türkiye (27520/07) Kararı'nda (p.87) dikkat çekmiştir:

> *"87. Mahkeme, ilgili ulusal yasanın yeterli kesinlik içerecek şekilde düzenlenmesi gerekliliğini bir kez daha yinelemek ister. Öyle ki, ilgili kişiler –duruma göre hukuki danışmanlık da alarak—verili koşullara göre makul sınırlar içinde, belirli bir fiilin sonuçlarının neler olabileceğini öngörebilsinler (bakınız, diğer pek çok örnek arasında, Grigoriades v. Yunanistan, 25 Kasım 1997, § 37, Raporlar1997-VII). Bu sonuçlar mutlak bir kesinlikle öngörülemeyebilir; deneyler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Kesinlik çok arzu edilir bir şey olmakla birlikte, aşırı katılık da getirebilir; oysa yasanın değişen durum ve koşullara ayak uydurabilecek durumda olması gerekir. Dolayısıyla, birçok yasa metni kaçınılmaz olarak şu veya bu ölçüde belirsiz, yorumlanması ve uygulanması pratiğe bırakılacak şekilde hazırlanır (bakınız, Sunday Times v. Birleşik Krallık (no. 1), 26 Nisan 1979, § 49, Seri A no. 30, ve Flinkkilä ve Diğerleri v. Finlandiya, no. 25576/04, § 65, 6 Nisan 2010)"* [http://www.insanhaklari ortakplatformu.info/wp-content/uploads/2010/04/Taner_Akcam-Turkiye-2011.pdf (Altuğ Taner Akçam-Türkiye (27520/07) Kararı, 4.10.2011, Çev: Metin Çulhaoğlu) (Erişim Tarihi: 7.8.2015)]

Keza AİHM, 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nda (p.57) Ahmet Yıldırım Kararı'nda yerleşik içtihadına gönderme yaparak, sözleşme anlamında bir yasanın varlığı için söz konusu kuralın ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerektiğini belirtmiştir. Karar'ın 57'nci paragrafında bu ilke şöyle ifade edilmiştir:

> *"57. AİHM, öncelikle Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan"kanunla öngörülme" koşuluna göre, ihtilaf konusu tedbir kararının iç hukukta yasal bir dayanağının bulunması ve aynı zamanda bu dayanağının kanun kavramının niteliklerini tasıması gerektiğini hatırlatmaktadır: bu nitelikler, ilgili yasanın herkes için ulaşılabilir,bazı sonuçları öngörebilir ve aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşır olmasıdır. (bkz, diğerleri arasında,*

Dink v. Türkiye, no. 2668/07, 6102/08, 30079/08,7072/09 ve 7124/09, § 114, 14 Eylül 2010). AİHM'in yerleşik içtihadına göre, bir kanun uygulanacağı her kişinin bu yasa uyarınca davranışlarını uyarlamasına imkân verecek açıklıkta yazılması halinde öngörülebilir kabul edilecektir. (bkz, diğer birçok karar arasında, RTBF v. Belçika, no. 50084/06, § 103, 29 Mart 2011, Akçam ve Türkiye, no. 32964/96, § 87, 30 Ekim 2001)." [(http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı (18.12.2012 T., 3111/10) (Erişim Tarihi: 01.08.2013)]

AYM de yasallık ilkesini "Youtube" hakkındaki 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında da şöyle yorumlamıştır:

"55 Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır (B.No: 2013/2187, 19/12/2013, § 36). Dolayısıyla, Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik ilkesinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan bir kanunla öngörülmesi gerekmektedir. Kanunilik unsuruna sahip olmayan bir müdahalenin, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük gibi diğer güvencelere uygun olup olmadığı incelenmeden, bir anayasal hakkı veya özgürlüğü ihlal ettiği sonucuna ulaşılacaktır." [(http://www. kararlaryeni .anayasa. gov.tr / BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c? wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

Ne var ki 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 14'üncü fıkrası dikkatle incelendiğinde, *"kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde"* ilgili kişi, kurum veya kuruluşlar İnternet'e erişim yasağı koyabilecektir. Bu durumda, "beyaz hüküm" adı verilen durum söz konusu olabilir. Zira neyin suç olduğuna kanunda belirtilmiş kişi, kurum ya da kuruluşlar karar verecektir. Yasal düzenleme bu

yönüyle, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi suçların yasallığı ilkesi ile ve Anayasa'nın 38'inci maddesi ile de bağdaşmamaktadır. [(Yasada bir eylemin suç olduğu ifade edilmişse de hangi eylemlerin suç kapsamında olacağının belirtilmediği durumlarda "beyaz hüküm" veya "çerçeve yasa" söz konusu olur. Sözgelimi, 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun'un 1 ve 3'üncü maddelerine göre, Türk Parası'na karşı hangi eylemlerin suç oluşturacağına Bakanlar Kurulu karar vermektedir. (Özgenç, 2014, 107)]

Danıştay, beyaz hüküm benzeri bir uygulamayı İDDGK, 01.04.2013 T., 2009/1637 E., 2013/1160 K. sayılı kararında tartışmıştır. [Danıştay İDDGK'nun 01.04.2013 T., 2009/1637 E., 2013/1160 K. sayılı kararı http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (Erişim Tarihi:27.02.2014)]

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25'inci maddesi gereğince yayınların durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan 23/10/2007 günlü B.02.0.001/116 sayılı kararın iptali istemiyle açılan davada, televizyon yayınlarının Başbakanın talimatı ile durdurulmasına ilişkin idari işlemin iptaline ilişkin istemi değerlendirirken yasanın açık ve anlaşılır; yayın yasağı öngören idari işlemlerin de yasaya dayalı olması gerektiğine işaret ederek uygulamanın ve idari işlemlerin demokratik toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun biçimde kullanılması gerektiğine şöyle işaret etmiştir.

> *"Yayın yasağı öngören idari işlemlerin de yasaya dayalı olması, yasada öngörülen amacı taşıması, amaç ile bu amaca varmak için öngörülen araç arasında makul bir dengenin bulunması zorunludur. Ancak, yukarıda da değinildiği üzere yayın yasağına ilişkin işlemin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için yürütme organının bu konuda yasayla yetkilendirilmesi ve olayda yasada öngörülen nedenlerin gerçekleşmiş olması yeterli olmamakta, getirilen yasağın aynı zamanda demokratik toplumun gereklerine ve ölçülülük ilkelerine de uygun kullanılması gerekmektedir."*

Ahmet Yıldırım –Türkiye (3111/10) Kararı'nda (p.67) AİHM, erişim yasağı tedbiri için uygulanan 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin hukuki öngörülebilirlik ilkesiyle bağdaşmadığını şöyle vurgulamaktadır:

> *"67. AİHM, bu değerlendirmeler ve somut olayda uygulanan söz konusu mevzuatın incelenmesi ışığında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin öngördüğü müdahalenin, Sözleşme'nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermediği ve demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde başvuranın yeterli bir koruma imkânına sahip olmasına imkân vermediği sonucuna varmaktadır. Öte yandan, böyle bir durumun Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. paragrafıyla uyumlu olmadığı görülmektedir; zira bu hüküm bağlamında tanınan haklar, "ülke sınırları gözetilmeksizin" korunmaktadır."* [http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı (18.12.2012 T., 3111/10) (Erişim Tarihi: 01.08.2013)]

Bu koşulları yerine getirecek bir düzenleme, kamu makamlarının sözleşmede korunan haklara keyfi müdahalelerini engelleyecek nitelikte olmalıdır. Bu nedenle, sınırlama yetkisinin kapsamı ve yöntemi yeterli açıklıkla belirtilmelidir. [http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/142923-aihm-karari-5651-sayili-yasa-aihs-e-aykiri (Erişim Tarihi:06.08.2015)]

AYM de konuya AİHM ekseninde yaklaşmaktadır. AYM'nin Kabahatler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığını görüştüğü (ve talebi reddettiği) 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararında belirlilik ilkesi şöyle ifade edilmiştir:

> *"Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi zorunludur. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup yasal bir düzenlemede hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bireyin, belirli*

bir kesinlik içinde bilmesi gerekmektedir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar." [(http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731 ?exclude Gerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:12.08.2015)]

AYM, Youtube'un erişime engellenmesi üzerine yapılan bireysel başvuyu görüştüğü 29.05.2014 T., 2014/4705 B. sayılı kararında, bir İnternet sitesine erişim engellendiği durumda bireylerin yasa yollarına rahatlıkla başvurabilmesi için yasanın başvurucunun anlayabileceği açıklıkta olması gerektiğini, aksi durumun yasaların belirliliği ilkesini ihlal edeceğini şu gerekçe ile belirtmiştir:

"p.56,57,59: Bir İnternet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması

gereklidir. (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013). Bu nedenle Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bu konuda bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması da gerekmektedir. (bkz. Yıldırım/Türkiye, B .No: 3111/10, 18.12.2012, § 59)." [http://www. kararlaryeni. anayasa. gov. tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51d df0004c ? wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

Şu halde, Youtube Kararı ile AYM, bazı kurum ve kuruluşlara resen erişim engeli konma yetkisi tanınması durumunda yasanın bu yetkinin kapsamını açık şekilde çizmesi gerektiğine işaret etmiştir. Ayrıca AYM'ye göre yasada, erişim yasağı kararının hangi koşullarla kullanılabileceğinin açıkça tanımlanması ve sınırların duraksamaya yol açmayacak şekilde çizilmesi de gerekmektedir.

Kararın devamında AYM, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 4 numaralı fıkrasında TİB'e belli suçlar için erişim yasağı koyma yetkisini yorumlarken kurduğu gerekçede, idareye yasa ile erişim engeli koyma yetkisinin verilmesinin tek başına yeterli olmadığını, verilecek kararın uygulanış yönteminin (URL, alan adı veya IP) yasada belirlenmemiş oluşunun da öngörülebilirlik ilkesiyle bağdaşmadığını şöyle ifade etmiştir:

"İdari işlemle engellemenin URL bazlı değil de tüm siteye erişimin engellenmesi şeklinde yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye Kanun'un herhangi bir hükmünde yer verilmediği, ayrıca idarece bu konudaki yetkinin hangi sınırlama araçları (alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemlerle erişimin engellenmesi) kullanılarak erişimin engelleneceğinin tam bir açıklıkla ortaya konulmadığı, dolayısıyla idareye verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu anlaşılmaktadır."

Ne var ki AYM, daha sonra verdiği 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararında (TCK'nın 226'ncı maddesinde değişiklik yapılmasına dair karar) belirlilik ilkesini şöyle ifade etmiştir:

> *"Anayasa'mn 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır."* [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd 22 82 da 4 b6f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K (Erişim Tarihi: 08.08.2015)]

AYM, belirlilik ilkesinin hukuk devletinin gereği olduğu görüşündedir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuki belirlilik ilkesinden yalnızca sözsel olarak okunduğunda anlaşılır olmasının kast edilmediğini, belirlilik ilkesinin yargısal içtihatla da anlamlandırılabileceğini ifade etmektedir.

AYM'nin yukarıda özetlenen 2014/118 E. sayılı kararındaki yaklaşımını benimsemediğimizi ifade edelim. Zira, AYM'nin bu yaklaşımı esas alınacak olursa, sözsel olarak okunduğunda anlaşılamayan (veya hukuki destekle çözülemeyen) nitelikte bir kuralın yorumu yargı organlarına bırakılabilecek, bu durum da bir normun içeriğinin yargı kararları ile (yorum yolu ile) doldurulması anlamına gelebilecektir. Oysa ceza hukukunda belirlilik ilkesi, yasallık ilkesinden ayrılamaz. Buna göre, yasanın anlamının açık ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirgin (okunduğunda veya biraz hukuki destekle anlaşılır) nitelikte olması gerekmektedir.

Yasallık ilkesi gereğince, suç ve ceza içeren yaptırımlarla kuralların yasada açıkça yer alması gerekmektedir. AYM'nin Kabahatler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığını görüştüğü 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararında yasallık ilkesi şöyle özetlenmiştir:

"Anayasa'nın 38. maddesinde ifadesini bulan suç ve cezanın yasallığı ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılarak, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır."[http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731?exclude Gerekce =False & wordsOnly=False AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:12.08.2015)]

Şu halde, bir normun yorumunu yargıya bırakmak, içtihatların değişmesi karşısında o normun uygulanış biçiminin de değişmesi anlamına gelebilir. Durum böyle olunca, aynı zaman diliminde, aynı suçu işleyen iki kişiden biri farklı yargısal yorum nedeniyle daha ağır ceza alırken, diğeri ise daha hafif bir şekilde cezalandırılabilir. Bu durum, eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır.

AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararında (TCK'nın 226'ncı maddesinde değişiklik yapılmasına dair karar) ortaya koyduğu belirlilik yorumu AİHM'in Ahmet Yıldırım Kararı'ndaki "belirlilik" yorumundan farklı olduğu gibi, biraz yukarıda özetini verdiğimiz Youtube Kararı ile Kabahatlar Kanunu'nun iptal talebini reddettiği davadaki belirlilik ilkesinin yorumundan da farklıdır.

Youtube Kararı'nda AYM, belirlilik ilkesini AİHM içtihadına benzer şekilde yorumlamışken, 1.4.2015 tarihli kararında ise Youtube kararındaki yorumundan ve içtihadından aradan daha bir yıl bile geçmeden neredeyse tamamen ayrılmıştır. AYM, içtihadındaki farklılık ile hukuki belirlilik ve bu ilkenin tamamlayıcısı olan hukuki güvenlik ilkesini de bu yaklaşımla zedelemektedir.

Yukarıda incelenen değişik ülke uygulamalarında ve AİHM kararlarında erişim yasağı tedbirinin uygulanabilmesi ağır ve ciddi koşullara bağlanmıştır. Tedbir, son çare olarak uygulanmalıdır. Karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinden ve yukarıda özetlenen yargı kararlarından hareketle, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin belirlilik ilkesi bakımından AİHS'in 10'uncu maddesine aykırılık taşıdığı söylenebilir.

Türkiye'nin İnternet'e erişim hakkının orantısız şekilde uygulanması ve yasal düzenlemesinin belirlilik taşımaması gerekçesiyle hem AİHM hem de AYM nezdinde mahkum olması, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde gereken değişikliklerin gecikmeksizin yapılması hatta bu kadar aksayan yönü bulunan bir yasanın, katılımcı bir anlayışla, AİHM, AYM kararları da dikkate alınarak hazırlanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. [http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/142923-aihm-karari-5651-sayili-yasa-aihs-e-aykiri (Erişim Tarihi:06.08.2015)]

2.5.1.4.2. Müstehcenlik Gerekçesiyle Konan Erişim Yasaklarının Belirlilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde sayılan suçlardan özellikle TCK 226'ncı maddesinde yer alan müstehcenlik suçu nedeniyle İnternet sitelerine erişim yasağı konması özellikle belirlilik ilkesi bakımından çalışma konumuzla bağlantılı görülebilir. [Dünyaca ünlü video paylaşım sitesi olan "Vimeo" adlı web sitesine İstanbul 10.Sulh Ceza Mahkemesi'nin 08.01.2014 T., 2014/23 D. İş sayılı kararı ile konan erişim yasağı bu gerekçe ile konmuş gibi görünse de aslında siyasi amaçla konan bir karar olarak düşünülebilir. Haberi aktardığımız İnternet sitesine göre, adı geçen web sitesine Başbakan Erdoğan'ın kardeşi Mustafa Erdoğan hakkındaki "müstehcen" içerikli video nedeniyle 5651 Sayılı Kanun md 8/1-a.5 hükmü gerekçe gösterilerek erişim yasağı konmuşsa da çok kısa bir süre içerisinde haberin basına yansıması üzerine erişim yasağı kaldırılmıştır. (http://www.odatv.com/n.php?n=dunyaca-unlu-site-kapatildi-0901141200 (Erişim Tarihi:10.03.2014)]

Müstehcenlik gerekçesiyle İnternet sitelerine erişim yasağı konusu irdelenmeden önce, müstehcenlik kavramına, kavramın pornografiden ve erotizmden farkına kısaca değinmekte yarar görülmektedir. Zira, neyin müstehcen, neyin erotizm, neyin pornografi olduğu anlaşılmadan, bir İnternet sitesinin erotik veya müstehcen içerikli mi yoksa ponografik içerikli mi olduğunun yorumlanabilmesi mümkün değildir. Buna bağlı olarak, üç kavram arasındaki temel farkları bilmeden bir İnternet sitesine müstehcenlik

gerekçesiyle erişim yasağı konmasının hukuka uygunluğunu değerlendirmek de mümkün değildir.

Müstehcenlikle pornografi arasındaki fark Yargıtay 8'inci CD'nin 3.4.1985 T., 1985/872 E., 1985/1682 K. sayılı kararında şöyle ifade edilmiştir:

> *"Müstehcenlik konusunu incelerken, "porno- (obsen-müstehcen) ve erotik" kavramlarını birlikte değerlendirmek gerekir. Eski Yunanca (porne-fahişe) sözcüğünden türeyen porno ve bu konuda yapılan yayınları belirleyen pornografi, aşırı, çok şiddetli, makul olmayan bir biçimde şehvet duygularının tahrik edilmesi anlamına gelirken, müstehcen, çok değişik tanımlar yapılmış olmakla beraber Kanunumuzdaki tanımı ile halkın ar ve haya duygularını incitecek (söz, yazı, vs.) anlamına gelmektedir. Bu tanıma göre müstehcen kavramı topluma, kişiye, çevreye göre nomatif sayılmalıdır. Bunun bir sınırı bulunduğu da kuşkusuzdur. Erotik sözcüğü ise, sevginin cinsel yönünü ve cinsel aşkı anlatması açısından edebiyat, resim, tiyatro, fotoğraf, film gibi her türlü sanat dalının bir türü olarak kabul edilmiştir."* [(Yargıtay 8'inci CD'nin 3.4.1985 T., 1985/872 E., 1985/1682 K. sayılı kararı (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm) (Erişim Tarihi: 27.02. 2014)]

AYM, 11.2.1987 Tarih; 1986/12 E., 1987/4 K. sayılı kararında müstehcenlikten ne anlaşılması gerektiğini tam olarak ortaya koymamış olmakla birlikte, neyin müstehcen, neyin pornografi olduğu yönünde bazı ölçütlere başvurmuştur. Kararda özetle:

> *"Batı Hukukunda olduğu gibi, ülkemizde de uzun süre müstehcenlik kavramına duyulan açıklık gereksinimi, bu ayrıntıların nedenidir. Kesin olarak denilebilir ki müstehcen yayınların sanat ve kültür yaşamıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Aksine, müstehcende kamu yararına, genel ahlaka ve genel sağlığa aykırılık ve tecavüz hali vardır. Cezai önlem ve yaptırım, kamu düzeni ve yararı için kuşkusuz, zorunludur. Bu nedenle, Türk Ceza Kanunu'nun değişik 426. maddesi, gerek konunun düzenleniş biçimi, gerek öngörülen para cezaları yönünden Anayasa'ya aykırı değildir."*

denmiştir.[http://www.anayasa.gov.tr/index.phpl=manage_karar&ref=show&action=karar&id=758&content= (AYM'nin 11.2.1987 Tarih; 1986/12 E., 1987/4 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi: 02.03.2012); Özbek, Anayasa Mahkemesi'nin, 11.2.1987 Tarih; 1986/12 E.; 1987/4 K. sayılı kararı karşısında 5271 Sayılı TCK'nın 226'ncı maddesinin de sadece müstehcenliğe yer veriyor oluşunu, hükmün belirsizlik ilkesi bakımından Anayasa'ya aykırılığını gündeme getirdiğini belirtmekte ve mevcut hükmün uygulamasının 765 Sayılı TCK'nın 426 vd maddelerine göre daha geniş bir alanda olacağını; örf ve adet kuralları ile hukuk yaratılmasının söz konusu olacağını da belirterek TCK 226'ncı maddesinin yeniden düzenlenmesini önermektedir . Geniş tartışma için bkz Özbek, 2009, 48, 49)]

İtalyan Yüksek Mahkemesi de müstehcenlik kavramımı somutlaştırmaya çalışmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, cinsel ilişkiler eğer rahatsızlık verici, tiksindirici, rencide edici duygusal tepkimelere yol açıyorsa bu türden görüntüler müstehcenlik içeren görüntüler olarak kabul edilmektedir. Keza Fransız Yüksek Mahkemesi verdiği bazı kararlarda açıkça pornografi tanımı vermemişse de pornografiyi tanımlama yoluna gitmiştir. Örneğin sapkın, cinsel şiddet içerikli, hayvanların kullanıldığı, sado-mazoşist nitelikli, ikiden fazla kişinin aynı anda birbiriyle giriştikleri cinsel ilişki temsilleri pornografiktir. [Liesching 2003, 156-157'den yollamada bulunan Özbek, 2009, 33, 34)]

Yargıtay ve AYM'nin yukarıda örneklenen iki kararından yola çıkıldığında, sanatsal nitelik taşıyan ve cinsel organların açıkça gösterilmediği, sevgi ve aşkın ön planda olduğu görsel ya da işitsel materyaller erotik olarak kabul edilirken, halkın ar ve haya duygularını inciten, kaba şehvet içeren, genel ahlaka ve yerleşik değer yargılarına aykırılık taşıyan görüntüler ise müstehcen olarak kabul edilebilecektir. [Özbek, 765 Sayılı TCK'da yer alan *"halkın ar ve haya duygularının incitilmesi"* şeklindeki ölçütün müstehcenliğin tanımı bakımından önemli olduğu görüşündedir. (Özbek, 2009, 48)]

ABD'de ise pornografi, açıkça tacizkâr, kaba şehvet içeren ifadeler dahi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Bu konudaki örnek karar Hustler Dergisi&Falwell Kararı'dır. Karara konu olayda, Hustler porno

dergisinin sahibi olan Larry Flint, dönemin koyu muhafazakar bakanı Jerry Falwell'in ilk cinsel deneyimini annesiyle yaşadığı şeklinde mizahi bir yazı yayınlar. Mahkeme, hakaret ve sövme içeren, hatta açıkça kaba şehvet ve pornografiye ilişkin ifadelerin de koruma kapsamında olduğuna hükmeder. [Kararın İngilizcesi için bkz http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/ getcase.pl ? court=us&vol=485&invol=46 Hustler Magazine v. Falwell Kararı (485 U.S. 46, 1988) (Erişim Tarihi:12.02.2014); Özet çeviri için bkz Avcı, 2013, 125]

İngiltere'de içerik sağlayıcıların çocuk pornografisine ilişkin sorumluluğunun anlaşılması bakımından In R v. Perrin Davası önem taşımaktadır. (Kohl, 2007, 98). Perrin, kendisinin içerik sağlayıcısı olduğu, yurt dışından yayın yapan ve abonelikle erişilebilen web sitesine çocuk pornografisini öven nitelikte makaleler ve yazılar koymuştur. Adı geçen siteye yerel mahkeme tarafından 1959 tarihli Müstencen Yayınlar Yasası'na *(Obscene Publications Act)* aykırılıktan ötürü erişim yasağı konmuş ve Perrin'e de hapis cezası verilmiştir. Perrin, verilen cezaların ifade özgürlüğüne aykırı olduğunu iddia ederek kararı temyiz etmişse de İngiltere Yüksek Mahkemesi yerel mahkemenin kararını onamıştır. (Kohl, 2007, 98)

Perrin, kararın kesinleşmesinin ardından AİHM'e başvurmuş ve Sözleşme'nin 10'uncu maddesine göre ifade hürriyetinin ihlal edildiğini savunmuştur. AİHM, olayı değerlendirmiş ve verilen cezaların demokratik toplumda gerekli, ölçülü olduğu, Sözleşme'nin 10/2'nci maddesi gereğince, genel ahlakın korunmasını amaçladığı sonucuna ulaşmıştır. Zira AİHM'e göre, başvurucunun web sayfasına koyduğu çocuk pornografisine ilişkin görüntü ve yazılar kamu düzenini bozmakta olup genel ahlaka da aykırılık taşımaktadır. [18.10.2005 T ve 5446/03 Stephane Laurent PERRIN against the United Kingdom (İngilizce Metin) http://hudoc. echr.coe. int/eng# {%22fulltext%22: [%22R%20v%20Perrin%22],%22documentcollectionid2%22:[%22DECISIONS%22],%22itemid%22:[%22001-70899%22]} (Erişim Tarihi: 7.8.2015). Kararın "mealen" çevirisi tarafımdan yapılmıştır.]

Keza AİHM, başvurucunun benzer nitelikteki görüntülerin başka web sayfalarında da bulunduğu, bunları yaymanın Sözleşme'ye taraf olmayan ABD gibi ülkelerde suç dahi oluşturmadığı yönündeki savunmasına da Handyside

Kararı'nın 57 numaralı paragrafına atfen yanıt vermiş ve benzeri görüntülerin adı geçen devletlerin ISS'leri aracılığıyla filtreleme yoluyla engellendiği; İngiltere'deki yasal düzenlemenin de bu tür görüntülerin yayılmasının önlenmesi için devlete görevler yüklediğini, filtreleme yazılımı kullanılsa dahi bu türden görüntülerin herkesin rahatlıkla erişebileceği bir İnternet sitesinde yayınlanmasının, yayınlanış biçimiyle de uygun olmadığını (zira görüntüler web sitesinin ön yüzünde ve ilk bakışta görülebilir şekilde yayınlanmıştır) gerekçesiyle itibar etmemiştir.

AİHM'e göre, görüntülerin web sitesinde yayınlanış şekli ve yerine bakıldığında, yerel makamların verdiği cezanın orantısız olduğu ifade edilemez. Zira, adı geçen görüntüler web sitesine giren herkes tarafından, sitede özellikle aranmasına gerek olmaksızın hemen görülebilmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, başvuruyu açıkça hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle "kabul edilemez" bulmuştur.

AİHM, K.U/Finlandiya Kararı'nda çocukların İnternet üzerinden suistimalinin önlenmesinin önemine dikkat çekmiştir. Karara konu olayda AİHM, 12 yaşında bir çocuğa ait bazı fotoğrafların, fiziksel özelliklerinin, iletişim bilgilerinin ve çocuğun kişisel bilgilerinin bir sosyal paylaşım sitesine çocuğun haberi olmaksızın konması ile çocuğun ağzından, kendisinden büyük erkeklerle birlikte olmak istediğinin yazılmasını Sözleşme'nin 8'inci maddesinin ihlali olarak yorumlayarak Finlandiya Hükümeti'ni tazminata mahkum etmiştir:

> *"49.Mahkeme, başvuranın pratik ve etkin olarak korunmasının, fiili işleyenin yani, ilanı veren kişinin kimliğinin tespit edilebilmesi ve takip edilebilmesi için etkin tedbirlerin kabul edilmesini kapsadığını kabul etmektedir. Oysa bu tür tedbirler alınmamıştır. Öncelik, gizlilik gereğine verilmiş ve etkin bir soruşturma yapılamamıştır. İfade özgürlüğünün ve görüşmelerin gizliliğinin esaslı kaygılar olmasına ve telekomünikasyon kullanıcıları ve İnternet hizmeti kullanıcılarının, özel hayatları ve ifade özgürlüklerinin korunacağına dair güvenceleri olması gerektiğine rağmen, bu*

güvence, mutlak değildir ve düzenin korunması ve suçun önlenmesi ya da başkalarının haklarının korunması gibi gereklilikler karşısında, bazen silinebilir. Cezalandırılabilir olma özelliği dikkate alınarak, internette yasa dışı ilanı veren kişinin, 8. ve 10. maddelerdeki korumadan faydalanıp faydalanmadığı sorununa halel getirmeksizin, yasa koyucunun, bu çerçevede korunması gereken farklı çıkarları uzlaştırmaya yönelik bir çerçeve öngörmesi gerekmekteydi. Böyle bir çerçeve, olaylar zamanında yoktu ve Finlandiya, başvurana karşı olan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemişti. Bu boşluğu, daha sonra durmuşsa da, İletişim Araçlarında İfade Özgürlüğünün Kullanılması Hakkında Kanunla ortaya konulan mekanizmalar (bkz. 21. paragraf), başvuran için çok geç gelmiştir." [Karar hakkında özet bilgi için bkz Özbek, 2009, 117

Kararın Türkçe tam sürümü için bkz (KU–Finlandiya Kararı (2872/02). 2 Aralık 2008) http://hudoc.echr.coe.int /sites /eng/ Pages/ search. aspx#{% 22display% 22:[%220% 22], %22 lang uageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%222872/02 %22],%22documentcollectionid2%22:[%22CHAMBER%22],% 22itemid%22:[%22001-116731%22]} (Erişim Tarihi:05. 11.2014)]

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında genel ahlakın korunması da temel nedenlerden biri olarak kabul edilmektedir. Konu, ilk kez 1976 yılında verilen Handyside& Birleşik Krallık Kararı ile tartışılmıştır. Buna göre, müstehcen içerikli olan bir yayın nedeniyle ifade özgürlüğünün kısıtlanması konusunda yerel makamların takdir hakkının geniş olduğunu kabul etmek gerekir. Zira, içinde bulunulan koşullar en sağlıklı biçimde yerel makamlarca değerlendirilebilir. Davaya konu olan olayda, adı geçen ders kitabının 12-18 yaş arası çocuklara hitap ediyor oluşu da gözetildiğinde, diğer devletlerde adı geçen kitabın dağıtımına izin verilmiş olmasının İngiliz yerel mahkemesi tarafından verilen kararın 10'uncu maddeye aykırı olduğunu anlamına

gelmeyeceği vurgulanmıştır. (Tanju, 2012, 243-244). Kararın 57 numaralı paragrafındaki yorum konuya ışık tutmaktadır:

> *"Yine burada, ulusal takdir alanı ile 10(2). fıkrasına dayanan 'yasaklar'ın ve 'cezalar'ın seçilebilirlik özelliği, Mahkeme'nin bu argümanı kabul etmesini engellemektedir. Her bir Sözleşmeci Devlet, kendi ülkesinin koşulları altında kendi yaklaşımını biçimlendirmiş; her bir Devlet, demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler hakkında geçerli olan değişik görüşlere sahip olmuştur. Diğer Devletlerin kitabın dağıtılmasına izin vermiş olması, "Inner London Quarter Sessions" mahkemesinin verdiği kararın 10. maddeye aykırı olduğu anlamına gelmez. Kaldı ki, kitabın Birleşik Krallık dışında yayınlanan bazı baskıları, 'baştan çıkarma ve ayartma' eğilimine çarpıcı örnekler olarak 29 Ekim 1971 tarihli kararda aktarılan pasajları ve başka bazı pasajları içermemektedir." (Handyside Kararı, p.57)* [http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25 Handyside-İngiltere Kararı, Türkçe Geniş Özet (Erişim tarihi:07.08.2015)]

Ancak müstehcenlik kavramının göreceli bir kavram olduğu ifade edilmelidir. [Aynı sorun fuhuş ve çocukların cinsel isitismarı suçları açısından da geçerlidir. (Uzun, 2015, 227)]. Kavram, kişiden kişiye, günden güne, toplumdan topluma ve hatta aynı toplum içerisinde yöreden yöreye farklılık gösterebilen bir kavramdır. Ne var ki TCK 226'nın ve 5651 Sayılı Kanun md 8/1-a-5'teki ifadenin belirlilik ilkesine göre yazıldığını ifade etmek güçtür. [("*Britanya'da insanların kitle iletişim araçlarında neredeyse her gün gördükleri birtakım görüntüler bazı Ortadoğu ve Asya ülkelerinde müstehcen içerikli sayılabilmektedir.*" Wall, 2001, 6. *"Doğu kültürlerinde, Batı'da olağan karşılanan ve yetişkinlere ilişkin olan çıplak kadın resimleri çoğu kez müstehcen içerikli sayılmaktadır.*" (Hedley, 2006, 150)]

Öte yandan, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde TCK 226'ncı maddesine bütünüyle göndermede bulunulduğundan, TCK 226'ncı maddede sayılan herhangi bir içeriğe sahip olan İnternet sitesinin kapatılması söz konusu

olabilecektir. Bu durumda, bir İnternet sitesi TCK 226/4'te belirtilen *"doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara"* ilişkin görüntüleri içeriyorsa da kapatılması mümkün olabilecektir.

Oysa, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişkinin tanımı ve kapsamı belirsizdir. (Taşkın, 2008, 125). Doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki kavramından ne anlaşılmalıdır?

Sözgelimi çiftler arasında zaman zaman cinsel olarak tercih edilebilen anal veya oral yollu ilişki de doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki mi sayılacaktır? Ya da yetişkinler arasındaki eşcinsel ilişki görüntülerini barındıran bir İnternet sitesi, salt bu nedenle erişime kapatılacak mıdır?

Özbek, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişkiler kavramından diğer parafili niteliği taşıyan davranışların anlaşılması gerektiğini öne sürmektedir. (Özbek, 2009, 156)

Soyaslan, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişkiden anüs veya ağız yoluyla yapılan cinsel ilişkinin anlaşılması gerektiği görüşündedir. (Soyaslan, 2014, 568)

Kanaatimizce oral veya anal ilişki çiftlerin cinsel tercihleriyle ilgilidir. Bu nedenle doğal olmayan ilişki kapsamında değerlendirilmemelidir. (Taşkın, 2008, 125). Kaldı ki zaten TCK'da da yetişkinler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki, bu ilişkinin doğal yoldan olup olmadığına (anal mi oral mi) dikkate alınmaksızın, suç olarak kabul edilmemiştir. (Özbek, 2009, 157).Aksinin kabulü, her türlü oral veya anal ilişki içerikli İnternet sitesinin, bu siteler yetişkin pornografisine ilişkin olsa dahi erişime kapatılması sonucunu doğurabilir.

Eşcinsel ilişkinin (ve eşcinsel evliliğin) de doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki olduğunu kabul etmemek gerekir. (Özbek, 2009, 157). Daha önce ABD'nin bazı eyaletlerinde serbest olan eşcinsel evlilik, ABD-YM'nin 5'e karşı 4 oyla aldığı bir kararı ile tüm ABD'de serbest hale gelmiştir. [http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/06/150626_abd_escinsel_evlilik (Erişim Tarihi: 10.08.2015)]. Öte yandan 2015 yılı itibarıyla eşcinsel evlilik

Kanada, ABD, Brezilya, Uruguay, İzlanda, Norveç, İsveç, Finlandiya, Danimarka, Hollanda, Belçika, Lüksemburg, İspanya, Portekiz, Fransa, İrlanda, Birleşik Krallık, Güney Afrika, Yeni Zelanda ve Meksika'da belli hukuki bölgelerde olmak üzere toplam 19 ülkede yasal kabul edilmektedir. Üstelik, eşcinsel evlilikler de diğer evliliklerle aynı hukuki statüye tabi tutulmuştur. [http://www.milliyet.com.tr/escinsel-evlilik-engelleri-gundem-2081969/ (Erişim Tarihi:10.8.2015)]

Kaldı ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de eşcinselliği bir suç; eşcinsel ilişkiyi de ahlak dışı bir ilişki olarak kabul etmemiştir. Mahkemenin konuyla ilgili verdiği Dudgeon-İngiltere Kararı'nda özetle *"Toplumun homoseksüel yaşantıyı ahlaksızlık olarak değerlendiren üyeleri, homoseksüel yaşantı nedeniyle rahatsız veya "şok olabilir" veya haksızlığa uğramış hissini duyabilir. Ancak bu durum tek başına rızaya dayalı bu tür ilişki içinde bulunan yetişkin erkeklerin cezalandırılmasını gerektirmez. Moral değerlere zarar vereceği yönündeki kaygı" daha fazla sakıncaları olmadıkça, başvuranın haytına bu ölçüde karışılmasını gerektirmez."* diyerek eşcinsel ilişkinin suç olmaması gerektiğini vurgulanmıştır. [https://ihami.anadolu.edu. tr/aihmgoster.asp?id=48 Dudgeon-İngiltere Kararı, Türkçe Özet, (Erişim Tarihi: 24.02.2012)]

Buna karşın AYM ve Yargıtay, eşcinsel görüntüleri "doğal olmayan cinsel ilişki" kapsamında kabul etmektedir.

Yargıtay, 14'üncü CD 26.2.2014 T., 2012/8700 E., 2014/2393 K sayılı kararında suça konu olan CD'lerin içerisindeki bayan bayana ve oral yollu ilişkilere dair görüntüleri "doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki" olarak kabul etmiştir. Kararda özetle şöyle denmektedir:

> *"Bilirkişi raporunda ve dosya içerisinde yer alan porno izleme ve inceleme tutanağına göre ele geçen suça konu cd'lerde grup halinde, bayan bayana ve oral yollardan yapılan cinsel içerikli görüntüler bulunduğu bu görüntülerin doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ait olduğu gözetilerek, sanığın eyleminin daha ağır ceza*

ile cezalandırılmasını gerektirip gerektirmeyeceğinin değerlendirmesinin asliye ceza mahkemesine ait olması nedeniyle, görevsizlik kararı verilmesi gerekir." [Yargıtay 14'üncü CD'nin 26.2.2014 T., 2012/8700 E., 2014/2393 K sayılı kararı (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm) (Erişim Tarihi:10.8.2015)]

Yargıtay, 5'inci CD'nin 17.3.2011 T., 2008/11111 E., 2011/ 2082 K sayılı kararının gerekçesi de son içtihada çok benzemektedir:

"Sanıkta ele geçirilen CD'ler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi ile "oral ve anal cinsi münasebet görüntülerinin" bulunduğunun saptanması karşısında, "doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin görüntüleri içeren" CD'leri izleten sanığın eyleminin 5237 Sayılı T.C.K.nun 226/4. maddesinde tanımlanan suçu oluşturabileceği ve bu konudaki delilleri tartışıp değerlendirmenin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak C.M.K.nun 4 ve 5. maddeleri ile 5235 Sayılı Kanunun 11 ve geçici 1. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi yerine duruşmaya devamla yazılı şekilde hükme varılması," [Yargıtay 5'inci CD'nin 17.3.2011 T., 2008/11111 E., 2011/ 2082 K sayılı kararı (http:// www. kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm) (Erişim Tarihi:10.8.2015)]

Yargıtay, anal, oral ve eşcinsel ilişkinin yanı sıra grup şeklinde yapılan cinsel ilişkiyi de doğal olmayan cinsel ilişki olarak kabul etmektedir. Yargıtay 5'inci CD'nin 7.12.2009 T., 2009/5183 E., 2009/13645 K kararının gerekçesi de grup seksin de doğal olmayan cinsel ilişki kapsamında kaldığını ortaya koymaktadır:

"Sanıkta ele geçirilen CD'ler üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi ile kadın ve erkeklerin tekli ve grup halinde cinsel ilişki hallerinin bulunulduğunun saptanması karşısında, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin görüntüleri içeren CD'leri satışa arz eden sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK.nun 226/4. maddesinde tanımlanan suçu oluşturabileceği ve bu konudaki delilleri

tartışıp değerlendirmenin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait bulunduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi yerine duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması," [Yargıtay 5'inci CD'nin 7.12.2009 T., 2009/5183 E., 2009/13645 K sayılı kararı (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm) (Erişim Tarihi:10.8.2015)]

AYM ise, 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararında (TCK'nın 226'ncı maddesinde değişiklik yapılmasına dair karar), doğal olmayan cinsel ilişki kavramımı yorum yoluyla genişleterek, kavramın belirlilik ilkesine aykırılık taşımadığını, zira kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiğine şu gerekçe ile karar vermiştir :

"İtiraz konusu kural gereğince oluşacak müstehcenlik suçu "doğal olmayan yoldan" yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünlerin depolanmasını yaptırıma bağlamaktadır. İtiraz konusu kuralla korunmak istenen hukuki yararı ihlal edebilecek nitelikte "doğal olmayan yoldan" yapılan cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bu kavrama giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi ve sayılması mümkün değildir. Diğer yandan "doğal olmayan yol" ibaresinin kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gösterebileceği düşünülebilir ise de kanun metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve korunmak istenen hukuki yarar da göz önüne alındığında söz konusu davranışların şiddet kullanarak, hayvanlarla veya ölü insan bedeni üzerinde cinsel davranışlar gibi tüm demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi

bulunan hatta bizatihi kendisinin suç olarak kabul edildiği düzeye ulaşmış cinsel davranışları ifade ettiği anlaşılmaktadır. "Doğal olmayan yol" kavramının bu çerçevede doktrin, uygulama ve yargı kararlarında belirlenerek anlam ve içerik kazanacağında şüphe yoktur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın "belirlilik" ve "kanunilik " ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır." [http://www. kararlaryeni. anayasa. gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2 282 da4b6f?ExcludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararı (Erişim Tarihi: 08.08.2015)]

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AYM'nin adı geçen kararında yasaların belirliğine ilişkin yorumu, belirlilik ilkesinin içeriğini yargı makamlarına doldurtmaya olanak tanıması yönüyle hatalı olduğu kadar, doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki kavramını da toplumun genel ahlaki ölçütleri gibi soyut bir ilkeye bağlaması yönüyle de hatalıdır.

Diğer yandan, toplumun çoğunluğunun bir eylemi haksız görmesi, o eylemin yasada açıkça suç olarak cezalandırılmaması durumunda, faili cezalandırmak için bir gerekçe oluşturamaz. Aksinin kabulü AİHS'in 7; Anayasa'nın 38 ve TCK'nın 2'nci maddelerinde teminat altına alınan ve belirlilik ilkesiyle adeta bütünleşmiş olan cezaların yasallığı ilkesine aykırılık oluşturacak, salt toplumca uygun görülmediği için bir eylemin yargısal makamlar tarafından suç sayılmasının önünü açmak gibi tehlikeli sonuçlara yol açabilecektir.

Nitekim aynı kaygıyı paylaşan üyelerden Osman Alifeyyaz PAKSÜT karara koyduğu muhalefet şerhinde şunu söylemiştir:

"Kendisi suç olmayan bir davranışın ses, yazı veya görüntü kaydının saklanmasının suç sayılması, demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı gibi, amaca elverişli de değildir. İptali istenen kural, şiddete dayalı veya çocuklara yönelik cinsel eylemlerde olduğu gibi kendisi başlı başına suç teşkil eden cinsel davranışlarla, suç teşkil etmeyen cinsel davranışlar arasında herhangi bir ayrım da yapmamıştır. Nitekim

çoğunluk gerekçesinde de bu ayrım yapılamamış, "demokratik toplum düzenlerinde doğal yol olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan, hatta bizatihi kendisinin suç kabul edildiği davranışlar" şeklinde bir ifadeyle, kuralda var olduğu kabul edilen belirsizliğe haklılık kazandırılmaya çalışılmıştır. Bu gerekçenin kabulüne olanak yoktur. "Toplumun ahlaki standartlarına uygun" yol kabul edilmeyen bir davranışın toplumda yaygınlık kazanmasının ceza tehdidiyle önlenmeye çalışılması, bizatihi demokrasi ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, dinen ve ahlaken de caiz olmayan, kişilerin özel yaşamlarının gözetlenmesi, teşhir edilmesi ve çoğunluğa uymayanların cezalandırılması şeklindeki ilkel bir müdahaleyi meşru hale getirebilecektir.

*Suç teşkil etmediği halde bazı cinsel davranışların toplumun çoğunluğunca benimsenmediği gerekçesiyle doğal olmayan davranış sayılarak, bunlara ilişkin ses, yazı veya görüntülerin kişinin özel alanında depolanmasının (ve evleviyetle bulundurulmasının) dört yıla kadar hapisle cezalandırılması, kişi özgürlüğüne yapılan, ölçüsüz ve ağır bir müdahaledir. Bu müdahale, Anayasa'mn 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. Yukarıdaki nedenlerle "doğal olmayan yoldan" ibaresinin "depolayan' yönünden iptali gerektiği düşüncesiyle, karara katılmıyorum."*http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararı (Erişim Tarihi: 08.08.2015)

Ayrıca gerekçede açıkça doğal olmayan yol kavramının yargı içtihadıyla açıklık kazanacağı belirtilmiştir. Oysa biraz yukarıda da görüldüğü üzere, Yargıtay, bırakınız dünyada yasal kabul edilen eşcinsel evliliği, çiftler arasındaki oral ilişkiyi dahi doğal olmayan ilişki olarak kabul etmektedir. Hatta, yukarıda özetlediğimiz Yargıtay 5'inci CD'nin 7.12.2009 T., 2009/5183 E., 2009/13645 K kararında doğal yoldan ilişkiye girilmiş dahi olsa, kadınlarla erkeklerin grup seks yoluyla birlikte olması da Yargıtay'a göre doğal olmayan

ilişki sayılmaktadır. Görünen odur ki AYM'nin doğal olmayan yoldan kurulan cinsel ilişki kavramı, yargı organlarına çok geniş takdir hakkı vermiştir. Daha doğrusu, AYM kararı öncesinde dahi Yargıtay tarafından doğal olmayan yol kavramı çok geniş yorumlanmaktayken, AYM'nin iptal talebini reddettiği adı geçen kararıyla, bu kavramın içeriğinin iyice belirsiz kılındığı söylenebilecektir. AYM'nin yorumunun bu yönüyle AİHM içtihadı ile de örtüşmediği ifade edilebilir.

> *"Öte yandan, "doğal olmayan yoldan" ibaresinin bizatihi kendisi dahi tam anlamıyla belirsizlik yaratmaktadır. Nitekim dosyanın incelenmesinde, özellikle öğretide yer alan aksi yöndeki görüşlere ve bizzat yasanın hazırlanmasında görev yapan ceza hukukçusu bir bilim adamının uygulamanın yanlış istikamette seyrettiğine dair beyanlarına karşın, Yargıtay içtihatlarında, karşılıklı rızaya dayalı olsa bile, "anal, oral, grup seks, lezbiyen, eşcinsel ilişki, ensest ilişki" ihtiva eden ürünlerin 226 ncı maddede belirtilen şekillerde bulunması halinde, "doğal olmayan yoldan" yapılan cinsel davranışın varlığı kabul edilerek hüküm kurulduğu anlaşılmaktadır. "Ensest" hariç, cebir, şiddet içermeyen ve rızaya dayalı bu hallerin, gerçekte "özel hayatın gizliliği" koruması altında olduğu ve bunun bir özgürlük sorunu teşkil ettiği hususu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik kararları ile ortaya koyulmuştur. Tüm bu vakıalara rağmen, uygulamanın farklı bir istikamette seyretmesi, kuralın her türlü yoruma açık olduğunu, diğer bir deyişle "belirli olmadığını" açıkça ortaya koyucu mahiyettedir. Oysa "belirlilik ilkesi" hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinde biri olup, "hukuki güvenlik" ilkesi ile de doğrudan bağlantılı bir ilkedir. Bu bakımdan, iptal istemine konu kuralın hukuk devletine aykırılığı açıktır. Yine, yukarıda işaret edildiği üzere, mevcut haliyle kuralın Anayasa'nın 20. maddesiyle koruma altına alınan "özel hayatın gizliliği" ilkesini de ihlâl ettiği izahtan verastedir.*
>
> *Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan,*

çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.”(Serruh Kaleli’nin karşıoy gerekçesi)

Benzeri gerekçe üyelerden Engin Yıldırım tarafından karşıoyda şöyle ifade edilmiştir:

“Vurgulamak gerekir ki, bireyin en mahrem alanlarından biri olan cinsellikle ilgili davranışların doğal ve doğal olmayan gibi son derece belirsiz bir ölçüt ile belirlenmeye çalışılması imkânsızı zorlamaktan başka bir şey değildir. Yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel davranışların hangisinin doğal, hangisinin doğal olmadığını tespit etmek neredeyse olanaksızdır. Doğal olanı insanların çoğunluğunun davranışlarıyla sınırlayarak tanımlamak ise bireyi temel alan günümüz insan hakları anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

İtiraz konusu ibarenin bulunduğu fıkrayı bir bütün olarak değerlendirip, "doğal olmayan yoldan" kavramını kendisinden önce yer alan "şiddet kullanarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde" gerçekleştirilen cinsel davranışlarla aynı kategoride değerlendirmek bizi hatalı sonuçlara götürecektir. Çoğunluk, doğal olmayan yoldan ibaresini ilgili fıkrada kendisinden önce belirtilen benzeri cinsel davranışlarla sınırlandırmakta ve onlar üzerinden yorumlamaktadır. Bununla birlikte, itiraz konusu ibarenin daha geniş bir şekilde farklı davranışları da içerecek şekilde yorumlanması mümkündür. Nitekim Yargıtay uygulamasına baktığımızda anal ve oral ilişkiler gibi cinsel davranışlara ait görüntüler "doğal olmayan yoldan" tanımı içinde yer almaktadır.”[http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da 4b6f?exclude Gerekce=False &words Only=False AYM’nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararı (Erişim Tarihi: 08.08.2015)]

AYM’nin bakış açısından yola çıkıldığında, yakın bir gelecekte tamamen bir yetişkin tarafından özdoyum (masturbasyon) amacıyla, doğal cinsel organ kullanılarak yapılacak olan ancak bir seks oyuncağının

kullanıldığı görüntü de doğal olmayan cinsel ilişki olarak kabul edilebilecektir. Bu nitelikteki bir görüntüyü barındırdığı savıyla İnternet sitelerine de erişim yasağı konabilmesinin önü açılmaktadır.

Nitekim karardan yaklaşık 2 yıl önce Bursa'da, şüpheli müdafii olduğumuz bir olayda, bu durumun bir benzeri yaşanmıştır. www.mutlupartner.com adlı web sitesine, sitede yayınlanan bazı cinsel ürün görüntüleri nedeniyle, TCK 226'daki müstehcenlik suçu gerekçesiyle, TİB'in başvurusu neticesinde Bursa Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine, Bursa 10'uncu Sulh Ceza Mahkemesi'nin 12.12.2012 tarih ve 2012/782 D.İş sayılı kararı ile erişim yasağı konmuştur. (Karar yayınlanmış değildir.)

Karara konu olayda, web sitesinde yer alan "yapay vajina" görüntüsü kapatma nedeni sayılmıştır. İşin daha vahim boyutu, kapatma nedeni olarak yalnızca yapay vajina görüntüsünün adı geçen web sitesinde "bulunması" gösterilmiştir. Görüntüde, bir yetişkinin bu vajina ile özdoyuma ulaştığına ilişkin herhangi bir kare dahi yoktur. Üstelik, ürünün konduğu web sitesi cinsel ürünler satan, yani bu işin ticaretini yapan tamamen yasal bir İnternet sitesidir. Neticede, yapılan itirazdan sonuç alınamayarak, sorun içeriğin siteden kaldırılmasıyla (ve durumun savcılığa dilekçe ile bildirilmesi üzerine) çözülmüştür. AYM'nin kararı ile buna benzer başka örneklerin yaşanması çok olası hale gelmiştir.

Nitekim AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararına üyelerden Osman Alifeyyaz PAKSÜT tarafından konulan karşıoy şerhi de bu yöndeki kaygımızın başka hukukçular tarafından da paylaşıldığını ortaya koymaktadır:

> *"Doğal olmayan yollardan cinsel davranışlar, aynı cinsten kişiler arasında veya kişi tarafından tek başına yapabileceği gibi, bir takım eşya, malzeme ve objelerden yararlanarak yapılan cinsel davranışlar da olabilir. Ayrıca, karşı cinsten kişilerle olağan cinsel birleşme dışındaki davranışlarla yapılan cinsel deneyimler de bu kapsamda sayılabilecektir. Öte yandan, her tür cinsel davranışın,*

yetişkinler arasında ve rızaya dayalı olduğu, şiddet veya zorlama içermediği, toplum önünde sergilenmediği müddetçe, tamamen kişinin özel alanına ait olduğu ve temel özgürlükler kapsamında kaldığı açıktır. Bu tür cinsel davranışlara kamu gücü tarafından müdahale edilemeyeceğinde, çağdaş insan hakları standartları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatları karşısında, tereddüt bulunmamaktadır. Yukarıdaki nedenlerle "doğal olmayan yoldan" ibaresinin "depolayan' yönünden iptali gerektiği düşüncesiyle, karara katılmıyorum."

Üyelerden Engin Yıldırım da karara benzeri bir gerekçeyle muhalif kalmıştır:

"Kişilerin cinsel faaliyetleri, tercihleri ve davranışları özel hayatlarının en mahrem kısmını oluşturmaktadır ve meşru bir neden olmadan devletin asla ve asla karışmaması gereken bir alandır. Kuralla, kişilerin özel hayatına getirilen sınırlandırma ve yapılan müdahale kişilerin cinsel yaşamlarının, tercihlerinin ve davranışlarının cezai yaptırım tehdidi altında tutulması sonucunu doğurmaktadır. Burada cezalandırılanın rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar olmayıp, bu davranışları konu alan ürünlerin üretilerek yayılması, satılması böylece bunların normal, olağan kabul edilmesinin engellenmesi olduğu görüşü de hatalıdır, çünkü ilgili fıkra, "doğal olmayan yoldan" yapılan cinsel davranışlarla ilgili yazı, ses ve görüntüleri içeren ürünleri yayma amacı taşımadan sadece bulunduranların da cezalandırılmasına öngörmektedir.

Devletin, cinsel davranışları, tercihleri ve uygulamaları, tanımlanması neredeyse imkânsız olan "doğal olmayan yoldan" ibaresi üzerinden sınırlandırması özel hayatın gizliliğine yapılan ve demokratik toplum düzeni için hiç de gerekli olmayan ölçüsüz bir müdahale anlamına gelmektedir. İtiraz konusu ibarenin, Anayasa'nm 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle Çoğunluk kararına muhalif kalınmıştır."

[http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/35 K sayılı kararı (Erişim Tarihi: 08.08.2015)]

Bu bağlamda, genel ahlak ile müstehcenlik kavramları arasındaki ilişkiyi de değerlendirmek gerekmektedir.

AYM, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında 765 Sayılı TCK'nın 143'üncü maddesinin Anayasa'nın 29'uncu maddesine aykırılığını incelerken; genel ahlakı belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olan ahlak kuralları ile ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan kurallar bütünü olarak tanımlamıştır. [http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=86&content= (Erişim Tarihi:30.04.2012)]

AYM, daha çok yeni olan 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararında (TCK'nın 226'ncı maddesinde değişiklik yapılmasına dair karar) genel ahlaka ilişkin şu gerekçeyi kurmuştur:

> "*Gerek mukayeseli hukukta gerekse milli hukukumuzda müstehcenlikle ilgili getirilen hükümlerde korunmak istenen başlıca hukuki menfaat, toplumun "ar ve haya duyguları" olarak da ifade edilen "genel ahlak"tır. "Genel ahlak", belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışıdır. Soyut ve değişken bir kavram olan genel ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun belirli bir kesiminde kabul edilen değer yargıları değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekmektedir. Böylece çoğunluğun veya bir kesimin ahlak anlayışının toplum geneline dayatılması riskinin önüne geçilebilecektir. "Genel ahlak" yaptırım hukukunun bir parçası olarak düzenlendiğinde ayrıca "fiilin ağırlığı ve tehlikeliliği" ölçütü de gözetilmelidir. Diğer bir anlatımla, sınırlanmak istenilen davranış değerlendirilirken demokratik toplumun temellerini oluşturan hoşgörü,*

açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerler ve özgürlüğü genişletici yorum yöntemleri yanında davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır."[http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-d d2282 da4b6f? Exclude Gerekce =False & wordsOnly=False (Erişim Tarihi: 08.08.2015)]

AYM'nin bu kararları dikkatle yorumlandığında, ahlak kurallarının genel ahlak kavramı içinde değerlendirilebilmesi için zaman, nicelik, öznellik ve kolayca anlaşılır olmak gibi başlıca dört ölçüte dayanıldığı görülebilir. (Özbek, 2009, 41). Zaman ölçütü, kuralların zaman içerisinde değişebilirliğini ifade ederken, nicelikten kasıt ahlak kurallarının toplumun büyük kısmını ilgilendirir nitelik taşımasıdır. Öznellik ise, ahlak kurallarının toplumun büyük bölümü tarafından benimsenmiş olmasını ifade eder.

Yargıç, genel ahlakın ihlal edilip edilmediğini belirlerken sadece toplumdaki yerel ölçütleri değil, çağdaş ölçütleri de ele almalıdır. Demokratik toplum düzeninin gerekleri, yargıcın temel hak ve özgürlüklere müdahalede, ölçüt alacağı temel kural olmalıdır. Bir başka deyişle, kısıtlanan temel hak ve özgürlüğün demokratik toplum düzeninin gereklerine uyup uymadığı yargıç tarafından denetlenecektir. (Özbek, 2009, 42). Yargıcın yapacağı yorumun sonucu olarak, genel ahlak kavramı temel hakların kullanımını önler nitelikte bir kısıtlamaya yol açacak ve o temel hak ve özgürlüğün kullanılamaz hale getirecekse, yargıcın kısıtlama yönünde karar vermemesi gerekecektir. Bu nedenle, İnternet'e erişim yasaklarına uygulanacak olan kısıtlama kararlarında da bu ölçütlerden yararlanılması gerektiği düşünülebilir.

Oysa AİHM, genel ahlak kavramının yorumu ve buna bağlı olarak müstehcen içerikli görünütünün yayınlanması konusunda AYM gibi düşünmemektedir. AİHM, Müller-İsviçre Kararı'nda (24.05.1998) genel ahlak kavramındaki belirsizliğe dikkati çekerek, AK üyesi devletler arasında yeknesak bir ahlak anlayışının olmadığını; ancak davaya konu olan tabloların sergilendiği serginin ücretsizce girilebilen; çocukların da rahatlıkla girebildiği bir yer olduğunu, bundan ötürü hayvanlarla cinsel ilişki, özdoyum ve

eşcinsellik resimleri içeren tablolar nedeniyle İsviçre makamları tarafından sergiyi düzenleyen Müller ve arkadaşlarının para cezası ile cezalandırılmasının Sözleşme'nin 10'uncu maddesini ihlal etmediğine; zira verilen cezaların ahlakın korunması açısından gerekli ve meşru olduğuna hükmetmiştir. Kararda, sanatın da bir ifade türü olduğu ve bu nedenle korunması gerektiği ayrıca vurgulanmaktadır. [İngilizce metin için bkz Case of Muller v. Switzerland (http://hudoc. echr. coe.int/sites /eng/Pages/search. aspx# {%22fulltext%22:[%22Muller%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57487%22]} (Erişim Tarihi: 04.02.2014). AİHK 2003, 364, (Karar, p. 27)]

AYM, 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/35 K sayılı kararında, iptal istemini redderken Müller Kararı'na da atıfta bulunmuşsa da kanaatimizce kararı hatalı yorumlamıştır. Zira gerekçede aynen *"AİHM eşcinsel ve hayvanlarla cinsel ilişkiyi kaba bir biçimde konu edinen resimlerin resim sergisinden çıkartılması ve bir süre el konulmasını meşru amaca uygun görürken, serginin ücretsiz olup, içeriği hakkında herhangi bir uyarı yapılmadan ve her yaştan kişiye açık olduğuna dikkat çekerek genel ahlakın korunmasıyla ilgili bu önlemin AİHS'ni ihlal etmediğine karar vermiştir."* denmektedir. Oysa, Müller Kararı'nda AİHM, görüntülerin salt yayınlanmış olmasına devletin müdahalesini meşru görmemiş, görüntülerin çocukların da rahatlıkla girebileceği yerde ve onların da görebileceği şekilde alenen yayınlanmış olmasına müdahale edilmesinin Sözleşme'yi ihlal etmediğine hükmetmiştir.[http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/35 K sayılı kararı (Erişim Tarihi: 08. 08.2015)]

Bu açıdan bakıldığında, AİHM'in Perrin Kararı ile Müller Kararı arasında gerekçe bakımından büyük bir fark olmadığı söylenebilir. Her iki olayda da AİHM, görüntülerin yayınlandığı yerin (veya ortamın) çocuklar tarafından ulaşılıp ulaşılmadığını temel ölçüt olarak değerlendirmiştir. Oysa

AYM, bu anlamda bir çıkarımda bulunmuş değildir.

AİHM'in bu çıkarımından ve Perrin Kararı'ndaki gerekçesinden hareketle şunu söylemeliyiz ki TCK 226/1-a gereğince 5651 Sayılı Kanun'un 8/1-5 başlığının göndermesi ile konacak erişim yasağı, eğer "bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten" bir İnternet sitesi hakkında verilmişse, bu erişim yasağının hukuka ve Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek pek olası görünmemektedir. Zira, eğer bir çocuk İnternet sitesi aracılığı ile müstehcen içerikli görüntülere rahatlıkla ulaşabiliyorsa, bu İnternet sitesinin erişime açık olması hem çocuğun kişisel gelişimine hem de kamu düzenine aykırılık oluşturabilecektir. Yine de çözümün İnternet sitesini tamamen erişime kapatmak yerine "aile filtresi" gibi uygulamaların kullanımını yaygınlaştırılması ve teşvik edilmesi olduğu düşünülebilir.

Keza AİHM'e göre çoğulculuk iletilmeye elverişli olan bilgi ve fikirlerin serbestçe hazırlanarak kamu makamlarının müdahalesi ve öndenetimi olmaksızın biçimlendirilebilmesidir. (Tanju, 2012, 246). Bu bağlamda üye devletlerin pornografik veya müstehcen içerik taşıyan yayınları izlenme oranlarının yüksek olduğu saatlerde göstermemesi gerektiği gibi yayınların kin ve husumete tahrik unsurlarını da içermemesini sağlama ödevi bulunmaktadır. (Kaboğlu, 2005, 304). Bu türden sınırlandırmaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyum içinde olduğu söylenebilir. **(**Kaboğlu, 1998, 288)

Ancak çocuk pornografisinin ve çocuklara ilişkin pornografik görüntüleri içeren web sitelerinin, dünyadaki eğilime koşut olarak himaye görmesini hukuken kabul etmek mümkün görünmemektedir. Konuya bu açıdan bakıldığında, İnternet'e konan erişim yasaklarının İnternet'e erişim hakkını tamamen ortadan kaldırdığı için hakkın özüne dokunduğu savunulabilirse de çocuklara ilişkin pornografik içerik barındıran bir web sitesine erişim yasağı konmasının demokratik toplumda gerekli bir önlem olduğu söylenebilir. Zira, bir önlemin demokratik toplumda gerekli olmasının temel koşullarından birisi, o önlemin çok sınırlı sayıdaki eylemler bakımından uygulanmasıdır. Çocuk pornografisinin de bu kapsamda değerlendirilebileceğini düşünüyoruz.

(Benzeri görüş için bkz Dülger, 2007, 1523)

Nitekim Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (AK-SSS) md 9'da çocuklara ilişkin pornografik materyalin bulundurulması veya bunlara sahip olunması cezalandırılma sebebidir. (Türkiye, 10 Kasım 2010 tarihinde AK-SSS'ni Strasbourg'da imzalamıştır. Ne var ki Türkiye Sözleşme'nin 28.01.2003 tarihli ek protokolü olan ırkçı ve yabancı düşmanlığı güden nitelikli eylemlerin cezalandırılmasına ilişkin protokolü ise imzalamış değildir. Önok, 2013, 1242). AK-SSS md 9'da çocuk pornografisine ilişkin materyalin elektronik olarak üretimi, dağıtımı ve bu materyale sahip olunması fiilleri cezalandırılmaktadır.

ABD'de pornografi ve müstehcenlik kavramları açık biçimde tanımlanmış ve pornografi düşünce özgürlüğünün kapsamında sayılarak; müstehcenlik suç sayılmıştır. (Dülger, 2007, 1523)

Öte yandan çocuğun, müstehcen içerikli web sitelerine ulaşmasını önleyecek şekilde filtreleme programı kullanmayan ebeveynlerin de TCK'nın 226'ncı maddesi karşısında sorumluluğu olduğunu söylemek de ebeveynlerin bu konuda daha özenli olmasını sağlayabilir.

1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararın gerekçesinde Perrin Kararı'na atıf yapılarak şöyle denmektedir:

> *"AİHM internet yayını nedeniyle verilen ceza mahkûmiyetini değerlendirdiği bir kararında ise diğer ülkelerde serbest olsa dahi aşırı müstehcen fotoğrafların web ortamında ücretsiz ön izleme sayfasında herkese erişilebilir kılınması nedeniyle verilen mahkûmiyetin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine yönelik açılan davayı kabul edilemez bulmuştur.*
>
> *Sözü edilen kararlar incelendiğinde, AİHM'nin, çocukların müstehcen ürünlere erişimini önlemeye yönelik iç hukukta öngörülen cezai müeyyideler ile yetişkinlerin, kişisel kullanım dışında, özel bir tedbir alınmaksızın bu ürünleri başkalarına yayması veya erişimine açık tutmasını engellemeye yönelik cezai müeyyideleri AİHS'nin ihlali*

olarak değerlendirmediği anlaşılmaktadır." [http://www. kararlaryeni. anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/35 K sayılı kararı (Erişim Tarihi: 08.08.2015)]

AYM'nin bu yorumun TCK'nın 226'ncı maddesinin yürürlükteki şekli karşısında geçerli olduğunu söylemek güçtür. Zira, TCK'nın 226'ncı maddesinde çocuklara ilişkin pornografi ile yetişkin pornografisi arasında da açık bir fark yaratılmış değildir.

Sonuç olarak AYM 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226'ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan *"...doğal olmayan yoldan..."* ibaresinin Anayasa'nın 12., 17., 20. ve 42. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemini aşağıdaki gerekçe ile reddetmiştir: [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/35 K sayılı kararı (Erişim Tarihi: 08.08.2015)]

Genel ahlak kavramına ilişkin açıklanan sınırlama ilkeleri gözetildiğinde, kuralda yer alan "depolama" biçimindeki seçimlik hareketin, bireysel kullanım için değil, başkalarına yayma veya iletme maksadıyla aynı cins ürünün çok sayıda biriktirilmesini veya bu amaçla arşiv oluşturulmasını ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu anlamıyla, başkalarına yayma veya iletme maksadıyla "doğal olmayan yoldan" cinsel davranış içeren ürünlerin depolanmasının cezai müeyyide altına alınmış olmasının toplumun genel ahlakının korunması ve dolayısıyla kamu yararı amacına yönelik olduğu, yapılan müdahalenin öngörülen amaçla orantılı olduğu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmadığı anlaşıldığından kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu söylenemez."

[(Karşıoy veren iki üye Alparslan ALTAN Erdal TERCAN Muammer TOPAL ise iptal isteminin doğal olmayan yoldan ifadesinin belirsizlik

taşıdığına dayanmasını, ancak buna rağmen AYM'nin depolama eylemleri ile yasadaki diğer eylemleri farklı saymasının doğru olmadığını (AYM'nin yetkisini aştığını) şöyle ifade etmektedirler:

"Eldeki işte başvuran Mahkeme bilinçli olarak "...doğal olmayan yoldan..." ibaresinin muğlak ve belirsiz olması nedeniyle iptalini istemektedir. İptal gerekçesi ve verilecek karar bakımından eylemin bulundurma, depolama ya da maddede sayılan diğer hallerden biri olmasının bir önemi bulunmamaktadır. İptali istenilen ibare yönünden de incelemenin her bir eylem yönünden farklı açılardan yapılmasını gerektirecek bir durum bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, "...doğal olmayan yoldan..." ibaresinin iptaline yönelik başvuruda "depolama yönünden" şeklinde bir sınırlama yapılmasına gerek bulunmadığı kanaatinde olduğumuzdan çoğunluk görüşüne katılmadık." [http://www. kararlaryeni. anayasa.gov.tr /Karar/ Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd22 82da 4b6f? Exclude Gerekce= False&wordsOnly=False (Erişim Tarihi: 08.08.2015)]

AYM'nin kararında rağmen, hükmün, belirsizlik nedeniyle kanunilik ilkesine ve Anayasa'ya (md 38/1) aykırı olduğu söylenebilir. (Özbek, 2009, 156). Bu nedenle, bireylerin özel yaşamına fazla müdahale edilme riski taşıdığı için doğal olmayan yoldan yapılan cinsel ilişki kavramının olabildiğince dar yorumlanması (Özbek, 2009, 157) doğabilecek olası hukuka ve anayasaya aykırılıkların önüne geçebilecek ve bu nedenle daha az İnternet sitesine erişim yasağı konacaktır.

Tartışmaların ortadan kaldırılması ve belirlilik ilkesinin sağlanması ile (Dülger, 2014, 641) bu konudaki Anayasa'ya aykırılıkların giderimi için TCK 226 ve 5651 Sayılı Kanun md 8/1-a-5'teki ifadenin tüm müstehcen içerikli görüntüleri kapsar biçimden arındırılarak [Özbek, TCK 226'da cezalandırılması gerekenin sadece pornografi olması gerektiğini öne sürmektedir. Yazara göre, aksine bir yorum durumunda müstehcenliğin cinsellikle ilgili olan her şeyi ifade etmesi söz konusu olduğuna göre, cinsellikle ilgili her şeyin cezalandırılması gibi bir tehlike ortaya çıkabilecektir. (Özbek, 2009, 50)]

sadece çocuk pornosu barındıran içeriğe erişim yasağı konabileceği şeklinde düzenlenmesi gerekmektedir. (Dülger, 2007, 1522)

Nitekim Almanya'da bu tür tartışmaların önüne geçilmesi için konuyu düzenleyen Ceza Kanunu'nun 184'üncü bölümünde yer alan düzenlemeler Alman Anayasası'nın 103/2'nci maddesine aykırı olduğu düşünülerek yasal metinden çıkarılmış ve yerine daha belirli bir kavram olan "pornografi" kavramı eklenmiştir. (Özbek, 2009, 50) Şu halde, TCK'nın müstehcenlik suçunu düzenleyen 226'ncı maddesi yenibaştan yazılmalı ve böylece çocuk pornosu içerikli olanlar dışında, müstehcen içerikli web sitelerine erişim yasağı konmaması sağlanmalıdır. Ayrıca, AB ülkelerinde olduğu gibi, kullanıcıların bireysel filtreleme yazılımları kullanmaları teşvik edilerek, filtreleme yetkisi devletin elinden alınmalıdır.

Bu yöndeki bir düzenlemenin 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinde düzenlenmiş olan müstehcenlik gerekçesi ile web sitelerine konan erişim yasaklarını oldukça azaltacağını düşünüyoruz.

Sonuç olarak, bir İnternet sitesinin içeriğinin müstehcen olup olmadığı belirlenirken bu belirlemenin yukarıda özetlenen AİHM kararları ile belirlenen ölçütler ışığında yapılacak nesnel değerlendirmeye dayanması, keyfilikten arındırılmış olması, belli bir grubun önyargısı ile kişisel düşüncelerine dayanmaması, ceza hukukunun ve hukukun temel illkerine aykırılık taşımaması ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir. (Özbek, 2009, 43). Öte yandan, cinsel anlamdaki bir tahrik, istismara yönelik olmadığı sürece müstehcen olarak nitelendirilmemelidir. (Özbek, 2009, 46). Ayrıca, yargıçların 5651 Sayılı Kanun'daki erişim yasağına ilişkin düzenlemeleri sert yorumlamaması ve temel hak ve özgürlükler lehine yorumda bulunması da fevkalade önemlidir. Zira 5651 Sayılı Kanun'un bugüne kadarki uygulamaları, yargıçların adı geçen yasanın hükümlerini çok katı biçimde yorumladıklarını ve bu nedenle de yasanın "öngörülebilirlik" ilkesinin ciddi anlamda zedelendiğini ortaya koymaktadır. (Avcı, 2013, 94)

Bir eylemin TCK 226 anlamında çocuk pornosu olarak kabulü için ise

yasal anlamda çocuk olmasa dahi çocuk gibi görünmek, çizgi film ya da sadece çocukmuş izlenimi veren bir sesin kullanılması yeterlidir. (Özbek, 2009, 118). Şu halde, çocuk çizgisi yolu ile çocuğa ilişkin pornografik görüntülerin bir İnternet sitesinde paylaşılması da o İnternet sitesine erişim yasağı konmasına engel olmayabilir ve bundan ötürü uygulamanın Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek zor görünmektedir.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılmaktadır ki uluslararası düzlemde de çocuğa ilişkin pornografi veya müstehcenlik hiçbir biçimde müsamaha görmemektedir. Bundan ötürü, çocuğa ilişkin olmak kaydıyla pornografi içeren İnternet sitelerine erişim yasağı konmasının salt bu nedenle AİHM nezdinde Türkiye'yi mahkum ettirmesi beklenemeyeceği gibi, buna ilişkin yasal düzenlemelerin de Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek pek olası görünmemektedir.

Ne var ki AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/ 35 K sayılı kararında koyduğu ve karşıoy gerekçelerinde de haklı şekilde eleştirilen ölçütler gözetildiğinde, 5651 Sayılı Kanun'un 8/2'nci maddesi gereğince müstehcenlik suçundan ötürü bir İnternet sitesinin kapatılması halinde, yapılacak olan bireysel başvuruda AYM'nin Youtube Kararı'ndaki gibi İnternet özgürlükleri lehine mi yoksa yeni yaklaşımına göre mi karar vereceği konusunda ciddi kuşkular olduğunu düşünüyoruz.

2.5.2. 8/A Maddesinin Değerlendirilmesi

2.5.2.1. Genel Değerlendirme

5651 Sayılı Kanun'a 27/3/2015 tarihinde 6639 Sayılı Kanun'un 29'uncu maddesi ile, "Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" başlıklı 8/A maddesi eklenmiştir. Düzenleme, yasalaşmasının üzerinden kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen oldukça sık uygulanmıştır. 17 Ağustos 2015 tarihi itibarıyla, en az 309 İnternet sitesinin 8/A maddesi gerekçesiyle erişime engellendiği bilinmektedir. Bu sayı, maddenin yaklaşık beş aylık geçmişi için oldukça fazladır. Sayının halen giderek arttığı söylenebilir.

[(*"İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Yaman Akdeniz ve Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak, 17 Ağustos 2015 Pazartesi günü Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü talebi üzerine Gölbaşı Sulh Ceza Hakimliği tarafından 5 farklı kararla (2015/646; 2015/647; 2015/648; 2015/650; 2015/662 D. İş sayılı kararları) erişime engellenen toplam 309 İnternet adresi için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulundu."* http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1549 (Erişim Tarihi: 27.08.2015). *"Özellikle 24.07.2015 tarihinde IŞİD, PKK ve DHKP/C örgütlerine yönelik operasyonların başlatılmasıyla birlikte başbakanlık tarafından başlatılan paralel operasyonla 5651 Sayılı Kanun'un yeni 8A maddesine dayanarak çok sayıda Kürt haber sitesiyle birlikte benzer şekilde içlerinde gazeteci ve aktivistlerin de yer aldığı çok sayıda Kürt kullanıcının da Twitter hesabına erişimin engellenmesine Gölbaşı Sulh Ceza Hakimliği tarafından karar verildi ve arka arkaya benzer kararlar verilmekte."* Akdeniz, 2015, http://www.diken.com.tr/twitter-sansurlemede-dunya-lideriyiz/ (Erişim Tarihi: 27.08.2015)]

Düzenlemenin pek çok eleştirilecek yönü bulunmaktadır. Öncelikle, maddenin hukuk tekniği anlamında çok iyi yazılmadığı ifade edilmelidir. Anlatım bozuktur. Okuyan kişi, maddeyle neyin anlatılmak istendiğini tam olarak anlayamamaktadır.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, AİHM bir yasanın bizatihi varlığını (o konunun yasa ile düzenlenmiş olmasını) yasallık ilkesinin gerçekleşmesi anlamında yeterli görmemektedir. O yasanın, belirli bir uzman yardımı ile dahi olsa anlaşılabilmesi gerektiğini de ifade etmektedir. 8/A maddesi genel anlamda yeterince anlaşılır değildir. Madde, öncelikle bu yönüyle yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Maddenin ilk fıkrası şöyledir:

"Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık

veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhâl erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir."

Buna göre, maddenin ilk fıkrasına dayanılarak içerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi talep edildiğinde, talebi kimin karara bağlayacağı, hangi gerekçeyle içerik çıkatılması/ erişim engellenmesi talep edildiğine göre değişmektedir.

Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak kararın kural olarak hakim tarafından verilmesi esastır. Ancak sayılan bu nedenlerden birinin bulunması durumunda, eğer gecikmede sakınca söz konusuysa kararın doğrudan doğruya Başbakanlık tarafından da verilebilmesi mümkündür.

Hukukumuzda bu düzenlemeye kadar Başbakanlık'a içerik çıkartılması/ erişim engeli koyma yetkisinin tanınmadığını belirtelim. Düzenleme ile ilk kez, sayılan nedenlerde gecikmede sakınca olması durumunda Başbakanlık'a da içerik çıkartma/erişim engeli koyma yetkisi tanınmıştır. Bundan ötürü, 5651 Sayılı Kanun kapsamında TİB'in yanı sıra artık Başbakanlık da idari tedbir yoluyla içerik/erişim engeli koyabilecektir. Böylece, idarenin zaten yeterince geniş olan İnternet üzerindeki denetimi daha da genişlemiştir.

Öte yandan, gecikmedeki sakıncayı Başbakanlık hangi ölçüte göre takdir edecektir? Bu belirsizdir.

Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliklerinin korunması da artık bir erişim/içerik engeli sebebidir. Sayılan bu nedenlerin gerektiğinde içerik çıkartma/erişim engeli olarak kabul edilmesi kanaatimizce yanlış olmamıştır.

Ne var ki yasadaki "yaşam hakkı" ifadesi ile "can ve mal güvenliği" ifadesini farklı yorumlamak gerekmektedir.

Kişilerin can ve mal güvenliği yalnızca insanlarla sınırlı bir uygulama alanına sahipken yaşam hakkı ise bundan çok daha geniş biçimde, bitkiler ve hayvanları da kapsayacak şekilde, evrendeki tüm canlılar için uygulama alanına sahip olacaktır. Zira yasada "yaşam hakkı" ile "kişilerin can ve mal güvenliği" iki farklı kavram olarak ifade edilmektedir.

Tüm canlıların yaşam hakkının, maddenin kapsamında ele alınabilmesi mümkündür. Bu bağlamda, örneğin bir kediye nasıl işkence yapıldığını gösteren İnternet içeriği de 8/A maddesi kapsamında değerlendirilerek çıkartılabilir veya o siteye erişim yasağı konabilir. Keza bir ağacın kesildiğini gösteren videoya dahi ağacın da yaşam hakkı olduğu gerekçesi ile içerik engeli veya erişim yasağı konabilmesi 8/A maddesi gereğince mümkündür.

Düzenleme, evrendeki tüm canlıların yaşam hakkının korunması bakımından, "hayvan ve bitkilerin yaşama haklarını da tanıdığı için" olumlu ve oldukça yetkin bir düzenleme olarak yorumlanabilirse de hakkın kapsamını çok genişlettiği için eleştirilebilir.

8/A maddesi kapsamında, İnternet üzerinden bir kişinin ölümle tehdit edilmesi veya mallarına zarar verileceği (örneğin evlerinin/işyerlerinin yağmalanacağı) yönünde yayın yapılması yahut buna ilişkin ifadelerin sosyal paylaşım sitelerinden ilgili kişiye (kişilere) yöneltilmesi durumunda, mağdur durumda olan kişinin elinde, "kişinin can veya mal güvenliğinin korunması" talebiyle ilgili içeriğin çıkarılmasını isteme gibi bir olanak olduğu söylenebilir. (ABD, Amerikan Sosyalist Parti "Alpha HQ" adlı İnternet Sitesi'ni, ırkçılık karşıtı söylemleriyle ünlenen Bonnie Jouhari adlı aktivist bir doktora karşı yayınlanan *"Bunun gibi vatan hainlerine dikkat edin, bunun gibi alçakları boynundan bir ağaca veya elektrik direğine asmalı"* şeklindeki yazı ile aynı sitede yer alan ve Jouhari'nin yazıhanesinin fotoğrafının altına, Jouhari'nin kızının fotoğrafı ile değişik silahlarla birlikte (köpek kırmasını kast ederek) "kırma" olarak tanımlayan görüntüleri koyduğu gerekçesiyle erişime kapatmıştır. Yargılama sürecinde Jouhari ailesi evlerini ve telefon numaralarını değiştirmişse de Ku Klux Klan sempatizanlarının tehditlerinden

kurtulamamışlardır. Neticede mahkeme Wilson'u da hapse mahkum etmiştir. (Almagor, 2015, 207, 208). ABD'de son beş yılda buna benzer hatta bir kısmı ölümle sonuçlanan ciddi olaylar yaşanmıştır. (Almagor, 2015, 214). Bu örnek, 8/A maddesindeki "yaşam hakkı" gerekçesinin ne kadar doğru bir düzenleme olduğunu ortaya koymaktadır.)

Halihazırdaki uygulamada iletişim araçları ile tehdit edilen kişiler, savcılıklara suç duyurusunda bulunmaktadır. Savcılıklar suç duyurusu üzerine soruşturma açsalar da ilgili e-postanın, Facebook, Twitter veya Instagram gibi sosyal paylaşım ağlarının içeriklerine erişim yasağı koyamamaktadır. 9 ve 9/A maddeleri, kişiliğin ve özel hayatın gizliliğinin ihlali hallerini koruduğundan, tehdit içerikli paylaşımlar hakkında, tehdit eden şahsa kamu davası açmak dışında bir yol da bulunmamaktadır. Dava açılması durumunda dahi sanık hakkındaki ceza çoğu kez CMK 231 gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) kararı ile sonuçlandığı için, yeterli caydırıcılık gücü taşımamaktadır. İçerikler kaldırılamadığı için de mağdur olan kişiler, o içerikler İnternet'te bulunmaya devam ettiği sürece, adı geçen içeriklerden ötürü daha çok mağdur olmakta ve içerikleri her gördüklerinde psikolojik olarak daha fazla etkilenmektedirler.

Tehdit edilen kişilerin, kendisini tehdit eden kişiye larşı koruma ve rahatsız edilmeme talep ettikleri görülmektedir. Ne var ki yürürlükteki mevzuatta tehdit edilen kişilerin korunmasını ya da iletişim araçları ile rahatsız edilmemesini sağlamaya yönelik yeterli bir düzenleme yer almamaktadır.

Bunun hukukumuzdaki tek ayrıksısı 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'dur.

6284 Sayılı Kanun'a göre, kanunun kapsamında sayılan kişiler, mülki amirden (md 3) veya aile hakiminden (md 4) kendisini tehdit eden herhangi bir aile bireyi hakkında uzaklaştırma veya işyerine ya da evine yaklaşmamasını talep edebileceği gibi; tehdit eden kişinin kendisini herhangi bir iletişim vasıtasıyla rahatsız etmemesi yönünde önleyici tedbir kararı almasını da isteyebilirler. (md 5)

6284 Sayılı Kanun'un 5/1-f maddesi kapsamında aile hakimi tarafından önleyici tedbir olarak verilen herhangi bir iletişim vasıtasıyla rahatsız etmeme

tedbirine İnternet yayını, e-posta veya sosyal paylaşım ağı kanalı da dahildir. Ne var ki adı geçen kanun ile yalnızca başvuran (şiddet gören) aile bireyinin "rahatsız edilmemesi" yönünde karar alınabilmesi mümkündür. Bu durumda olan kişilerin, 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca (eğer tehdit bir İnternet içeriğinden kaynaklanmaktaysa) ayrıca sulh ceza hakiminden ilgili içeriğe/İnternet sitesine erişim engeli koymasını istemesi mümkündür. Bu iki talep, birbirini tamamlar şekile kullanılabilir.

Bu nedenle 6284 Sayılı Kanun'un sınırlı da olsa getirdiği bu olanağın bir benzerinin tehdit edilen herkese getirilmiş olması doğru olmuştur.

Bundan ötürü, kişilerin can ve mal güvenliklerinin korunması hallerinde, ihlale yol açan içeriklerin çıkarılması/ sitelere erişim engeli konması, uygulamadaki önemli bir eksikliği giderdiği için doğru bir düzenleme olmuştur.

Birinci fıkranın ilk cümlesinde *"millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir."* denerek, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması amacıyla, TİB tarafından, ilgili bakanlıkların talebi üzerine İnternet ortamında yer alan yayınla ilgili içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

Fıkrada belirtilen erişim veya içerik engelleme nedenleri hakkında eleştirilecek pek çok husus bulunmaktadır.

Yasada, suç işlenmesinin önlenmesi gerekçesiyle de içeriğin çıkarılabileceği veya erişim engeli konabileceği ifade edilmiştir. Oysa 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile bu çalışmada irdelediğimiz diğr yasalarda, belli suçlar için erişim yasağı konabileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, 8/A maddesinin suç işlenmesinin önlenmesi gerekçesi ile idareye çok geniş bir takdir hakkı tanıdığı ve bu gerekçe ile de pek çok İnternet sitesine erişim yasağı konmasının önünü açacağını (ve açtığını) söylemek mümkündür. [(*"8. Madde erişim engelleme açısından bir katalog saymakta, bu katalogda sayılan*

suçlar dışında erişim engelleme kararı verilememektedir. Aynı şekilde 9. Madde sadece kişilik haklarına saldırı halinde işletilebilmektedir. Buna rağmen, bu yetkilerin kullanılmasıyla onbinlerce İnternet içeriğine erişim engellenmiştir. Başvuru konusu 8/A maddesi ise idareye her iki hükümle de kıyaslanamayacak derece geniş bir yetki vermektedir. Gerçekten de erişim engelleme kararı "Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı" olarak verilebilecektir. Bu kadar geniş bir yetkiyle onbinlerce içeriğe erişim engelleme kararı verileceği kesindir. Ne var ki, idareye bu kadar geniş ve keyfiyete açık bir yetki verilmesine rağmen yukarıda da ifade edildiği üzere bu kararlara ilişkin itiraz mekanizmaları ve koruma koşulları 8/A maddesinde hiçbir şekilde öngörülmemiştir." Kerem Altıparmak'ın 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesine ilişkin bireysel başvuru dilekçesinden alınmıştır. (s.6, p.15). Benzeri görüş için bkz aynı dilekçe, s.12, p.39]

Düzenlemenin eleştirilebilecek başka bir yönü ise, idari bir makam olan TİB kararına karşı sulh ceza mahkemesine (hakimlik) itiraz edilecek olmasıdır. Sulh ceza mahkemesine itiraz edilmesi, idare mahkemelerinin yavaş çalıştığı gözetildiğinde bir "teminat" gibi görünebilir. Keza 8'inci maddenin 15'inci fıkrası gereğince, bu konudaki kararlar özel kurulacak olan uzmanlık sulh ceza mahkemeleri (hakimlik) tarafından verilecektir. Ancak adı geçen düzenleme, sonradan çıkarılan 8/A maddesini kapsamamaktadır.

Ne var ki TİB'in idari makam oluşu da gözetildiğinde, aslında olması gereken hukuk açısından itirazın idari yargıya yapılması gerektiği de savunulabilir. Bu durumda, sonradan sulh ceza mahkemesine (hakimlik) yapılan itiraz üzerine itirazın bu mahkeme tarafından reddolunmasına karşın aynı TİB kararına karşı idari yargıya gidilmesi durumunda itirazın idari yargı tarafından kabul edilerek kararın yürütmesinin durdurulması veya iptali sağlandığında, hangi mahkemenin kararına geçerlilik tanınması gerektiği yönündeki tartışma burada da bir sorun olarak ortaya çıkabilecektir.

AYM, bu konuda biraz farklı düşünmektedir. AYM, Kabahatler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığını görüştüğü 11.6.2009 T., 2007/115 E.,

2009/80 K sayılı kararında bir idari makamın kararına/işlemine karşı sulh ceza mahkemesine yasa yolu olanağı tanınmasını, "haklı neden" ve "kamu yararı" olması durumunda "kabul edilebilir" bulmaktadır:

> *"...İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir. Kabahat konusu eylemlerin çeşitliliği ve idari yaptırımların uygulanma alanı dikkate alındığında, idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınmasının, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı ve idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine başvurulabileceği yolunda getirilen düzenlemenin haklı nedenini oluşturduğu sonucuna varılmıştır."* [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731 ?exclude Gerekce= False& wordsOnly=False AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:12.08.2015)]

Şu halde, yasal düzenleme AYM'nin bakış açısıyla ele alındığında, sulh ceza mahkemelerinin (hakimliklerinin) idare mahkemelerine göre yaygın oluşu ve başvuru sürecindeki kolaylık, işleyişindeki sürat, TİB'in bu yöndeki kararına karşı sulh ceza mahkemelerine (hakimlik) itiraz olanağı tanınması, hak aramanın kolaylaştırılması bakımından isabetli olmuştur.

Ancak burada, akla haklı olarak şu soru gelmektedir: *"Mademki sulh ceza mahkemeleri daha hızlı, masrafsız ve daha teminatlıdır; şu halde idari yargı neden ihdas edilmiştir? Tüm idari işlemlerin denetimini idari yargı yerine sulh ceza mahkemelerine bırakmak gerekmez mi?"*

Ayrıca, hak arama özgürlüğü açısından idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan ceza mahkemelerinin, salt yaygın olması nedeniyle daha güvenceli kabul edilmesi, idari işlemlerin yargısal denetiminin idari yargıya bırakılmamasını nasıl haklı gösterebilir? (Söyler, 2009, 160,161)

Ne var ki aynı kararda, bahsi geçen paragrafın bir cümle öncesinde, idari yargı-adli yargı ayrımı gereğince, idari işlemlere karşı idari yargıda, adli işlemlere karşı ise adli yargıda dava açılmasının gerekliliği şöyle anlatılmaktadır:

> *"Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir."* [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731?exclude=Gerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:12.08.2015)]

AYM kararının kendi içerisinde çelişkili olduğunu düşünüyoruz. Gerçekten de idari bir işleme karşı idari yargıda dava açılması hukuk güvenliğinin sağlanması adına daha doğrudur. Maddenin 5651 Sayılı Kanun'un 8/12'nci maddesindeki gibi düzenlenerek, TİB'in bu yöndeki kararına karşı idari yargıya gidileceğinin yasa metnine açıkça konması gerektiği kanısındayız.

Daha önce çalışmamızın II'nci Bölümü'nün B-2 başlığında da ifade edildiği üzere, ortaya çıkabilecek olası bir sakınca da aynı İnternet sitesi için hem mahkeme hem de TİB tarafından konan bir erişim yasağına (ki bu kuramsal olarak mümkündür) yapılan itiraz üzerine, mahkemenin erişim yasağını kaldırması; TİB'in kaldırmaması durumunda sorunun nasıl çözüleceğidir. TİB'in kararına karşı yürütmenin durdurulması istemiyle idari yargıya gidildiğini, idari yargının bu talebi de reddettiğini ve sonra davayı esastan reddettiğini düşünecek olursak ortada birbiriyle çelişen iki ayrı mahkeme kararı olduğundan bahsedilebilecektir.

Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün B-1-b (TİB'in yetkileri) başlığında da önerdiğimiz gibi, böyle bir durumda çözümün hak ve özgürlükler lehine yorum yapılarak ceza mahkemesinin kararına üstünlük tanımaktan geçtiğini düşünmekteyiz.

8/A maddesinin 3 numaralı fıkrasının yalnızca ilgili içeriğe erişim engeli konmasına olanak tanıdığını sevinerek ifade etmeliyiz. Artık 8/A'ya göre verilen kararlar bakımından URL bazlı erişim engeli konmasının önü açılmıştır. Düzenleme, bu yönüyle olumlu olmuştur. Böylece 8'inci maddede olduğu gibi, bir hukuka aykırı içerik nedeniyle tüm İnternet sitesinin erişime engellenmesi tehlikesi de 8/A maddesi bakımından kural olarak ortadan kalkmıştır.

Buna rağmen düzenleme, yalnızca ihlalin bulunduğu içeriğe erişim engeli konması bakımından olumlu olmakla birlikte, 8'inci maddenin 3'üncü fıkrası URL gibi yöntemlerle içeriğe erişim konmasının ihlali engellemeyeceği yönünde yargıçta bir kanaat uyanırsa, İnternet sitesinin tümüne erişim yasağı konması yönünde yargıca geniş takdir hakkı sağladığı için eleştirilebilir. Öte yandan, bu şekilde verilen kararlar tebliğ edilmediği takdirde (ki uygulamada kararlar genellikle tebliğ edilmemektedir) içerik sağlayıcı dahil kimse tarafından bilinmemekte, tesadüfen fark edilmediği takdirde kati bir şekilde sanal dünyadan yok olmaktadır. [Kerem Altıparmak'ın 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesine ilişkin bireysel başvuru dilekçesinden alınmıştır. (s.7, p.19)]

Yargıçların, gerektiğinde teknik detaylar için bilirkişiye başvurarak, adı geçen içeriğe (URL vb yöntemlerle) engelleme olanağı bulunup bulunmadığını bilirkişi incelemesine gitmeden tespit ettirmesinin de güç olduğu söylenebilir. Gerektiğinde yargıç bilirkişiye gitmekten çekinmemelidir. (Ünver, 2001, 145) Biraz yukarıda kısaca ifade edildiği ve II'nci Bölüm'ün 2.3. başlığında da genişçe değerlendirildiği üzere, 8'inci maddenin 15'inci fıkrası gereğince, bu konudaki kararlar özel kurulacak olan uzmanlık sulh ceza mahkemeleri (hakimlik) tarafından verilecektir. Ancak adı geçen düzenleme, sonradan çıkarılan 8/A maddesini kapsamamaktadır.

5651 Sayılı Kanun 8/15 maddesi ile ihdas edilen uzmanlık mahkemesinin 8/A maddesi için uygulanmasının mümkün olmadığı da

düşünüldüğünde, konunun uzmanı olmayan hakimin teknik konuda tereddüt ettiğinde bilirkişiye gitmesi gerekir. Kararı verecek olan hakim, bu konuda kuşku duyduğunda, temel hak ve özgürlüklerin korunması adına bilirkişi incelemesi istemekten çekinmemelidir. Ancak, hakim bu konudaki gerekliliği, ilgili içeriğin yayında kalması ile doğacak sakıncayı, içeriğe veya İnternet sitesine konacak erişim engeliyle doğacak sakınca ile kıyaslayarak ve orantılılık ilkesini de gözeterek takdir etmelidir.

Biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, 8/A maddesinin 1 ve 2 numaralı fıkraları gereğince hakim kararıyla alınacak veya hakim onayına sunulacak erişim/içerik engeli içinse, uzmanlık mahkemesi (hakimlik) uygulamasına gidilmesi Kanun'un 8/15 hükmü uyarınca mümkün değildir. Zira, 5651 Sayılı Kanun'un 8/15 hükmünde, 8/A maddesine ilişkin bir düzenlemeye gidilmiş değildir. Bundan ötürü, 8/A maddesi gereğince verilecek erişim/içerik engelleme (ya da onay) işlemleri için hakimin uzman olması gerekmez. Bunun ciddi hak ihlallerine yol açabileceğini düşünüyoruz.

Bu kısmın başında da Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz'in 309 İnternet sitesi için AYM'ye yaptığı bireysel başvuruya atfen ifade edildiği üzere, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten 17.08.2015 tarihine kadar geçen yaklaşık 5 aylık sürede, 300'ün üzerindeki (ki çoğunluğu da haber içerikli muhalif İnternet siteleridir) İnternet sitesine 8/A maddesi kullanılarak erişim yasağı konmuş olması bu çıkarımı desteklemektedir. [http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1549 (Erişim Tarihi: 27.08.2015)]. 8/15'inci maddenin 8/A maddesi için de uygulanma olanağı bulunsaydı, bu sayının daha az olacağı söylenebilirdi.

Özetle, yukarıda ifade edilen gerekçelerle 8/A maddesinin Anayasa'nın 26'ncı ve AİHS'nin 10'uncu maddelerine (aynı zamanda AİHS madde 13'e) aykırı düzenlemeler içerdiği söylenebilir.

Nitekim Kerem Altıparmak tarafından AYM'ye 8/A maddesinin ihlali hakkında yapılan bireysel başvuruda bu kaygı şöyle ifade edilmiştir:

> *"Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere başvurumuza konu 6639 Sayılı Yasa'yla 5651 Sayılı Yasa'ya eklenen 8/A Maddesi'yle modern demokrasilerde ifade özgürlüğünün kullanılması bakımından*

önemli bir araçsal değeri olan İnternet'e yönelik olarak kısıtlayıcı ve keyfiyete yol açacak düzenlemeler getirilmiştir. Dolayısıyla 5651 Sayılı Yasa'ya eklenen 8/A Maddesi Türkiye'deki İnternet kullanıcıları ve de müvekkil bakımından Anayasa'nın 26. Maddesi ve AİHS 10. Maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlali niteliğindedir. Bu sebeplerle doğrudan 5651 Sayılı Yasa'nın 8/A Maddesi'nden kaynaklanan ihlalin tespitiyle, bu hükmün İPTALİ talebiyle görüşülmesi için Genel Kurul'a gönderilmesi, hükmün uygulanması halinde telafisi imkansız ağır ihlaller oluşacağından İç Tüzüğün 45/C yürürlüğün durdurulması yönünde karar verilmesi talebimiz vardır." [Kerem Altıparmak'ın 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesine ilişkin bireysel başvuru dilekçesinden alınmıştır. (s.4, p.6)]

8/A maddesinin yukarıdaki eleştiriler doğrultusunda gözden geçirilmesi gerekmektedir.

2.5.2.2. İptal Edilen 8/16 Hükmü ile Karşılaştırmalı Değerlendirme

Konumuzla yakın bağlantı içerisinde olduğu düşünüldüğünden, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 10.09.2014 tarih ve 6552 Sayılı Kanun ile eklenen (ancak sonradan AYM'nin kararı ile iptal edilen) 16 numaralı fıkranın ve AYM'nin gerekçeli iptal kararının irdelenmesinde yarar görmekteyiz.

AYM 02.10.2014 günü, 2014/149 E., 2014/151 K. sayılı, 5651 Sayılı Kanun'un 8/16'ncı maddesini iptal etmiştir. [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-9283-40dade21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı (Erişim Tarihi: 09.03. 2015)]

İptal edilen 16'ncı fıkra şöyledir:

"(16) (Ek: 10/9/2014-6552/127 md.) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından

yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

Gecikmede sakınca varsa, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından İnternet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir.

Şu halde, iptal edilen düzenlemede TİB Başkanı "emir" vermekte ve TİB bu emri uygulamaktadır. Nitekim yasa maddesinde "*Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır."* şeklindeki ifadeden böyle bir sonuca ulaşılmaktadır. O halde, iptal edilen düzenleme bakımından TİB'in herhangi bir takdir hakkının bulunmadığını ifade etmek mümkündür.

Nitekim AYM, iptal kararının gerekçesinde temel haklara bir kamu gücü (TİB) tarafından bir sınırlama getirilmesi durumunda ilgili yasada böyle bir yetkinin adı geçen kuruma açıkça verilmiş olması gerektiğini de şu gerekçe ile vurgulamaktadır:

"Anayasa'da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hâllerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla belirtilmesi de gerekmektedir."

Öyleyse, AYM kararından İdari mercilerin İnternet'e müdahalesinin yargı denetimine açık, somut ve belirli olması ve İnternet erişiminin sınırlandırılması konusundaki yetkinin gecikmede sakınca olsa dahi idareye bırakılmaması gerektiği sonuçlarına ulaşılabilir. İptal kararı bu yönüyle isabetlidir ve yapılan 8/A düzenlemesi ile yalnızca "şeklen" AYM kararının gereği yerine getirilmiştir. Oysa, düzenleme halen sorunludur.

8/A maddesi ile getirilen kural ise, bazı yönleriyle iptal edilen 16'ncı fıkradan farklıdır. Öncelikle, iptal edilen düzenlemede bulunmayan TİB'in takdir hakkı 8/A ile "verilebilir" denerek konmuştur. Bundan çıkan anlama göre, TİB, kendisine Başbakanlık veya ilgili bakanlıklar tarafından gelecek talebe rağmen ilgili çıkartmayabilir veya erişim engelleme kararı vermeyebilir.

Şeklen durum böyle ise de çalışmamızın II'nci Bölümü'nün B-1-a başlığında detaylı olarak incelendiği üzere, TİB yapısı itibarıyla siyasi bir organ olup, bağımsız idari otoritelerde olan "bağımsızlık" niteliğine yeterince sahip değildir. Oluşumundaki Bakanlar Kurulu etkisi düşünüldüğünde, TİB'in Başbakanlık'tan veya ilgili bakanlıklardan gelen talebin aksine bir yorumla ortada gecikmede sakınca olan bir durum bulunmadığı, bu nedenle de yargıç kararı alınması gerektiğini söyleyebilmesi mümkün görünmemektedir. Bundan ötürü, TİB'in yapılanması değiştirilmeden TİB'e bu şekilde bir takdir hakkı tanınmasının yalnızca yasa ile konmuş olan "şekli" bir teminattan öteye gitmeyeceği söylenebilir. Başka bir deyişle, yasama organı TİB'e "görünüşte bir takdir hakkı" tanıyarak AYM'nin iptal kararının "gereğini" yaptığına ilişkin bir izlenim uyandırmıştır. Düzenlemenin bu yönüyle yargı bağımsızlığı ve belirlilik ilkeleriyle örtüşmediğini ifade etmek mümkündür.

Öte yandan, AYM'nin iptal kararının gerekçesinde TİB'e (TİB Başkanı'na) gecikmede sakınca bulunan durumu takdir etme yetkisinin verilmesinin hukuka aykırı olduğu ifade edilirken, herhalde AYM tarafından bu konudaki takdir hakkının TİB Başkanı yerine Başbakanlık'a veya ilgili bakanlıklara bırakılması amaçlanmış değildi. Karardan anladığımız kadarıyla AYM, gecikmede sakınca bulunan durumun takdirinin idari merciye veya mercilere bırakılmaması gerektiği görüşündedir. Şu halde, yapılan yeni düzenleme ile TİB Başkanı'na verilen yetki bu kez (görünürde) bir şahsa değilse de bir makama (Başbakanlık) verilmiştir. Böylece (görünürde) AYM'nin iptal kararının gerekçesi de karşılanmış olmaktadır. Oysa bu düzenleme de eleştiriye açıktır. Zira her ne kadar makam olarak Başbakanlık yetkili gösterilmişse de aslında düzenlemeden çıkan anlam, Türkiye'nin sağlıksız işleyen siyasi yapısı gereği, yine tek kişinin (yani Başbakan'ın) yetkili

olması anlamına gelmektedir ki bu durumda Başbakan'ın (yani hükümetin) "istemediği" İnternet sitesinin kapatılması yüksek olasılıktır.

Ne var ki bu karara üyelerden Nuri Necipoğlu ve M.Emin Kuz muhalif kalmıştır. Muhalefet şerhinde üyeler, TİB'in kanunla yetkili kılınmış mercii olduğuna ve bu bağlamda Anayasa'nın 22'nci maddesine aykırı bir durumun oluşmadığına ilişkin şu gerekçeyi öne sürmüşlerdir:

> *"Öncelikle 5651 sayılı Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulan TİB'in Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "yetkili merci" olarak belirlenip belirlenemeyeceği ve kanun koyucunun bu konudaki takdir yetkisini ne şekilde kullanacağı konusundaki bu değerlendirmelerin yerindelikle ilgili olduğu düşünülmektedir. Anayasanın anılan hükmüne dayanılarak kanunla yetkili merci olarak belirlenen TİB'in bu uzmanlığa ve birikime sahip olup olmadığı Anayasaya uygunluk denetiminde değerlendirme konusu yapılamaz. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi uyarınca Anayasada emredici ve yasaklayıcı hüküm bulunmayan hâllerde bir konunun düzenlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. TİB'i, İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi konularında uzmanlık kuruluşu olarak belirleyen kanun koyucunun, Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen "yetkili merci" olarak belirleme konusunda da takdir yetkisi bulunduğu açıktır."*

Ancak, muhalefet şerhindeki gerekçeye "katılmadığımızı" ifade edelim. Zira, muhalefet şerhinde gözden kaçırılan üç husus vardır. İlki, TİB'in gecikmede sakınca bulunan hali takdir etme yetkisine sahip olmamasıdır. Yukarıda da izah edildiği üzere, bu konudaki takdir TİB'e (yani bir kurula) değil TİB Başkanı'na (yani bir şahsa) aittir. İkincisi, TİB'in başkandan gelecek olan "kapatın" emrini uygulamama yönünde de bir takdir hakkı yoktur. TİB, 8/A'daki düzenlemenin aksine, Başkan'dan gelecek olan emri uygulamak zorundadır. Üçüncüsü, iptal edilen 16'ncı fıkra hükmüne göre, kural olarak

tedbir kararı almak için hakim kararı dahi aranmamaktadır. TİB Başkanı "öyle uygun gördüğü ve öyle buyurduğu için" bir İnternet sitesi hakkında erişim yasağı/ içerik çıkarma kararı verilebilmektedir. Şu halde, muhalefet şerhindeki gerekçelerin bu yönleriyle kabul edilmesi güç görünmektedir.

Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün B başlığında da (TİB'in yetkileri) farklı boyutuyla değinildiği üzere, AYM içtihadının, Anayasa'nın 153/son hükmü karşısında tüm gerçek ve tüzel kişileri, yasama ve yürütme organları ile yargı organlarını bağladığı da göz önüne alındığında, gerek TİB tarafından gerekse mahkemelerce veya savcılıklarca verilecek olan erişim yasağı kararlarında AYM'nin oluşturduğu gerekçelere ve ölçütlere göre hareket edilmesi gerektiği savunulabilir. Öte yandan, Anayasa'nın 153'üncü maddesi gereğince TBMM'nin de AYM'nin iptal kararlarının gereğini tam olarak yerine getirmesi gerekmektedir.

Nitekim AYM'nin Kabahatler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığını görüştüğü 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararında iptal edilen bir normun yasama organı tarafından tekrar yasalaştırılmaması gerektiği şöyle ifade edilmiştir:

> *"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama*

organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır." [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731 ?exclude Gerekce= False& words Only=False AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:12.08.2015]

Aynı kararın devamında, iptal edilen kural ile yerine getirilen kuralın arasında benzerlik bulunup bulunmadığına göre durumun takdir edileceği şöyle ifade edilmektedir:

"Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için iptal edilen önceki kural ile 'aynı' ya da 'benzer nitelikte' olması, bunların saptanabilmesi için de öncelikle, aralarında 'özdeşlik' yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığının incelenmesi gerekir."

İptal edilen 8/16 maddesi ile yerine konulan 8/A maddesi anlam ve kapsam itibarıyla benzeşmektedir. Şu halde, Anayasa'nın 153'üncü ve 9'uncu maddesine aykırılık oluştuğu söylenebilir.

AYM'nin iptal kararının tam anlamıyla yerine getirilmesi adına yapılması gereken, çalışmamızın II'nci Bölümü'nün B-1-a başlığında da (TİB'in yapılanması) incelendiği üzere, öncelikle TİB'in yapılanmasının Avusturalya'daki ACMA veya İtalya'daki AGCOM gibi tamamen özerk hale getirilerek, gecikme sakıncası olup olmadığını da bu özerk kurulun geniş katılımla oluşturulan bir çalışma komisyonuna verilmesidir. Komisyonun da Avustralya örneğinde olduğu gibi çalışmasının ülkemiz için de yararlı olacağını düşünüyoruz.

5651 Sayılı Kanun'un AYM 02.10.2014 günü, 2014/149 E., 2014/151 K. sayılı kararıyla iptal edilen 8/16'ncı maddesindeki diğer bir düzenleme ise şöyleydi:

"*Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.*"

İptal edilen düzenleme gereğince, TİB Başkanı tarafından belirtilen şekilde verilecek olan erişim yasağı kararı TİB tarafından, 24 saat içinde sulh ceza yargıcının onayına sunulacak, sulh ceza yargıcı ise kararını 48 saat içinde açıklayacaktı. Ne var ki yasada, yargıcın kararını 48 saat içinde açıklamaması veya kararın 24 saat içinde yargıç onayına sunulmaması durumunda kararın akıbetinin ne olacağı düzenlenmiş değildi. Başka bir söyleyişle, erişim yasağı kararı TİB tarafından 24 saat içinde yargıç onayına sunulmaz ya da sunulsa bile yargıç tarafından bu karar 48 saat içinde onaylanmazsa kararın geçersiz kalacağına ilişkin bir düzenleme getirilmemiş olması önemli bir eksiklikti.

İptal edilen düzenlemede, TİB Başkanı'nın kararının TİB tarafından yirmi dört saat içerisinde sulh ceza yargıcının onayına sunulacak olması sonradan denetim yolunu açmış gibi görünmekte ise de bu yolun da yeterince etkili ve kişi haklarını koruyucu bir yöntem olduğunu söylemek güçtür. (Taşkın, 2008, 161). Zira denetim sonradan yapılmaktadır ve TİB tarafından, Başkan'ın kararı yirmi dördüncü saatte de yargıcın önüne onay için konabilmesi mümkündü.

Öte yandan, 48 saatin sonunda yargıcın kararını olumlu veya olumsuz olarak açıklamaması durumunda ne olacağı da fıkrada düzenlenmiş değildi. Yargıç, kırk sekizinci saatin sonunda da kararını açıklayabilirdi. Şu durumda, erişim yasağı kararının 48 saatin sonunda yargıç tarafından onaylanmasa bile geçerli olma tehlikesi söz konusu olabilecekti. Diğer yandan, iptal edilen kurala göre, TİB'in verdiği karara karşı sulh ceza mahkemesine gidilse dahi, yargıca gidiş süresi olan 24 saatin üzerine yargıcın en geç 48 saat içinde karar verecek oluşu da gözetildiğinde, ihlale konu olan İnternet sitesinin hukuka aykırı olarak en az 72 saat kapalı kalma tehlikesi de ortaya çıkmaktaydı. Bu durumda, 72 saatin sonunda adı geçen İnternet sitesinin açılmama olasılığı da bulunmaktaydı. Bu nedenle, fıkradaki düzenlemenin, yargıcın 48 saatten sonra (veya 48 saat içinde) karar vermemesi durumunda İnternet sitesinin

kendiliğinden açılmasına olanak tanımamasından dolayı ifade özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde sınırlandırılması gibi olumsuz sonuca yol açması imkân dahilindeydi.

Bu konudaki eksikliğin 8/A maddesinin 2 numaralı fıkrası ile kısmen de olsa giderildiği söylenebilir. Yeni düzenleme şöyledir:

> *"(2) Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde, karar kendiliğinden kalkar."*

8/A maddesinin 2'nci fıkrasına göre artık TİB tarafından verilen karar, yine TİB tarafından yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hakiminin onayına sunulacak, hakim nihali kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacaktır. Açıklamazsa, erişim engeli kararı kendiliğinden kalkacaktır.

Düzenleme yine de eksiktir. Zira, karar TİB tarafından yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hakiminin onayına sunulmazsa ne olacaktır? Kırk sekiz saatlik süre, idari tedbir kararının sulh ceza hakiminin onayına sunulmasından itibaren başlamaktadır.

Yirmi dört saat içinde idari tedbir kararının sulh ceza hakiminin onayına sunulması yasa gereği bir zorunluluktur. Fıkranın ilk cümlesinin sonundaki "sunulur" ifadesinden bu anlaşılmaktadır. Şu halde, TİB'in yirmi dört saat içerisinde idari tedbir kararını sulh ceza hakimininin onayına sunmaması mümkün değildir. TİB'in bu konuda bir takdir hakkı yoktur. Eğer idari tedbir kararı TİB tarafından yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulmazsa, kararı sunmayan sorumlular hakkında ceza soruşturması açılabilir. TCK 257/1 hükmü buna olanak tanımaktadır. Bundan doğacak mağduriyet nedeniyle, İnternet sitesinin yetkileri tarafından da devlete karşı tam yargı davası açılmasına bir engel yoktur.

Öte yandan, 5651 Sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin ilk iki fıkrasında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Başbakanlık veya ilgili bakanlıkların talebiyle TİB tarafından İnternet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceği

öngörülmüştür. Yasada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde uygulanacak içerik çıkarma ve erişim engelleme kararları bakımından itiraz ve etkili başvuru yolu da öngörülmüş değildir. [Kerem Altıparmak'ın 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesine ilişkin bireysel başvuru dilekçesinden alınmıştır. (s.5, p.10)]. Bu da AİHS 6 anlamında hak arama hürriyeti ile AİHS 13 anlamında etkili başvuru hakkının ihlalidir. 8/A maddesi bu eksiklikleriyle de Türkiye'nin AİHM nezdinde mahkum olmasına yol açabilecektir.

2.5.2.3. Maddenin Belirlilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesinin birinci fıkranın ilk cümlesinde *"millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir."* denerek, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması amacıyla, TİB tarafından, ilgili bakanlıkların talebi üzerine İnternet ortamında yer alan yayınla ilgili içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

Yasadaki milli güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve kamu düzeninin korunması nedenleri açısından eleştirilecek pek çok husus bulunmaktadır.

İfade etmek gerekir ki milli güvenlik ve kamu düzeni gibi kavramlar içeriği belirli olmayan kavramlardır. Milli güvenlik kavramı, hem milli güvenliği sağlamakla kurulmuş olan organların yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi, hem de anayasal özgürlüklerin sınırlandırma nedeni olarak tanımlanması güç olan bir kavramdır. (Aybay, 1978, 65)

Nitekim bu durum BM tavsiye kararlarından birinde de belirtilmiştir. [U.N.Doc. E/CN 4 Sub. 2/229/Rec 1 (Aktaran: Aybay, 1978, 66, dipnot: 15)]. Adı geçen tavsiye kararına göre milli güvenlik kavramı geniş veya dar olarak yorumlanabilir. Dar anlamıyla milli güvenlik sadece savunmaya ilişkin konularla sınırlıyken, geniş anlamıyla milli güvenlik kamu güvenliğini veya devletin iç veya dış sorununu kapsayacak şekilde anlaşılabilir. (Aybay, 1978,

65). Keza aynı karara göre milli güvenlik konusunda gösterilecek aşırı titizlik veya heyecan temel hak ve özgürlüklerin ciddi şekilde ihlal edilmesi sonucunu da doğurabilecektir. (Aybay, 1978, 66). Milli güvenlik, kapsamı itibarıyla dış ve iç güvenlik konularını içerir. [(Tunç ve Döner, 1998,3; Akgüner, 1983, 80,83)]. Bu bağlamda, dar anlamıyla milli güvenlik sadece milli savunma ile ilgili sorunları kapsar ve olağanaüstü hallerde olağanüstü hal rejimine ilişkin kuralları içine alırken, geniş anlamıyla milli güvenlik toplumsal hayattaki her kavramla bağdaştırılabilir. (Tunç ve Döner,1998,3). Bu yönüyle milli güvenliğin içeriğinde, devlet düzenini korumak amacıyla alınan her türlü önlem dahil edilebilir. (Akgüner, 1983, 10)

Milli güvenlik kavramı 2945 Sayılı *"Milli Güvenlik Kurulu ve MGK Genel Sekreterliği Kanunu"*nun 2'nci maddesinde şöyle tanımlanmıştır:

> *"a) Milli Güvenlik; Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasını,*
>
> *b) Devletin Milli Güvenlik Siyaseti; milli güvenliğin sağlanması ve milli hedeflere ulaşılması amacı ile Milli Güvenlik Kurulunun belirlediği görüşler dahilinde, Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen iç, dış ve savunma hareket tarzlarına ait esasları kapsayan siyaseti, İfade eder."*

2945 Sayılı Kanun, milli güvenlik kavramını "dar anlamda" tanımlamayı tercih etmiştir. Şu halde, milli güvenlik kavramının yorumlanmasında dikkatli olmak ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasının sağlanması adına kavramı yasadaki gibi "dar anlamda" yorumlamak gerekmektedir.

AYM, milli güvenlik kavramının belirsizliği konusunda çelişkili kararlar vermiştir. (Geniş açıklama ve farklı karar örnekleri için için bkz Akgüner, 1983, 18-33). Ancak şunu ifade etmek gerekir ki AYM, milli güvenlik kavramını tanımlamaktan da kaçınmış ve kavramı kamu düzeni ile birlikte yorumlamıştır. (Akgüner, 1983, 22)

765 Sayılı TCK'nın 526/1 maddesinde yer alan *"amme emniyeti" (kamu güvenliği), veya "amme intizamı", (kamu düzeni)"* sözcüklerinin 1961 Anayasası'nın 11, 20 ve 36'ncı maddelerine aykırılığını görüştüğü 7.6.1973 T., 1973/12 E., 1973/ 24 K sayılı kararında:

> *"l - Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "amme emniyeti" (kamu güvenliği) "amme intizamı" (kamu düzeni) ve "mülahaza" gibi deyimler ve sözcükler itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürüldüğü gibi kesinlik taşımayan yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamlan uygulamalarla belirmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardandır, örneğin Anayasa'nın değişik 11., 16., değişik 19., 28., değişik 29., ve değişik 46. maddelerinde, "milli güvenlik" "kamu düzeni", ve değişik 15. maddesinde "kanunla yetkili kılınan merci" deyimlerinin kulanıldığı görülmüştür. Hukuk diline ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasada yer almış bu terimlerin anlamanın yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemiyeceği şüphesiz bulunmaktadır."* [http://www.kararlaryeni. anayasa.gov.tr/Karar/Content/aedb2e70-8aca-4e7e-a050-d4e56bc628e0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 7.6.1973 T., 1973/12 E., 1973/24 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi:25.08.2015). Ayrıca bkz Akgüner, 1983, 25]

demişse de bu kararın üzerinden bir yıl dahi geçmeden 1/7/1973 günlü, 14591 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan (2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununda değişiklik yapılmasına) dair 26/6/1973 günlü, 1775 sayılı Kanunun 2'nci, 3'üncü, 4'üncü maddelerinin Anayasa'nın 2'nci, 11'inci, 14'üncü, 15'inci, 16'ncı, 28'inci ve 120'nci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenen hükme dair verdiği 25.04.1974 T., 1973/41 E., 1974/13 K sayılı kararında bu kez tam aksi bir yorumla;

> *"Milli güvenlik ve kamu düzeni, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu*

nedenle de keyfiliğe dek varabilir, çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır. "Gecikmede sakınca bulunan haller" de en az o kavramlar kadar kesin ve keskin çizgilerle belli edilmesi, sınırlanması zorunlu bulunan bir deyimdir." demiştir. [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0684c506-94da-462f-a2a3-d6545fd1f6a7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 25.04.1974 T., 1973/41 E., 1974/13 K sayılı kararı) (Erişim Tarihi:25.08.2015). Aybay, 1978, 64, 65; Akgüner, 1983, 28]

AYM, 29 Ocak 1976 günlü, 15483 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19/1/1976 günlü ve 1932 sayılı Kanunun 3'üncü ve 4'üncü maddeleriyle 171 sayılı "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkında Kanun" a 9'uncu madde olarak eklenen maddenin üçüncü fıkrasındaki "sözle veya" deyimi ile, 10'uncu madde olarak eklenen maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarındaki hükümlerin, yasalaşma biçimi ve özü bakımından Anayasa'nın 11'inci ve 28'inci maddelerine aykırı oldukları gerekçesiyle açılan davada 22.10.1976 T, 1976/27 E., 1976/51 K. sayılı kararıyla milli güvenlik kavramını yukarıdaki gerekçesine benzer şekilde yorumlamıştır:

"Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği gibi Anayasa'nın temel hak ve Özgürlüğün sınırlandırılmasında kanun koyucuya tanıdığı ölçünün sınırını belirleyen 11. maddesindeki "kamu düzeni, milli güvenlik" gibi deyimler, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlardır. Bu nitelikteki kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşeceği ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez. Başka bir anlatımla bu, Anayasa koyucunun amacı doğrultusunda kanunla yapılmış bir sınırlama niteliğinde kabul edilemez. (Anayasa Mahkemesi 25/4/1974 günlü,. E: 1973/41, K: 1974/13, Kararlar Dergisi, Sayı: 12, Sh: 152)" [http: //www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a4d6154f-629c-4f0f-b674-57f2f47555f6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin

22.10.1976 T, 1976/27 E., 1976/51 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi:25.08.2015)]

AYM, 02.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K. sayılı, 5651 Sayılı Kanun'un 8/16'ncı maddesini iptal ettiği kararında milli güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması gibi gerekçelerin amaç-araç dengesi ile bağdaşmadığını belirterek İnternet'e erişim özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlandıran nedenler olarak kabul etmektedir. Bu durum gerekçede şöyle ifade edilmektedir:

> "*Hukukun genel prensibi gereği "hukuken korunması gereken amaçla", bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı "hukuki himaye yönteminin yani aracın" orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Kuralda yer alan "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak verilmesi öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri; "amaç-araç" dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanımlı olan ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşıyan bir hukuki himaye vasıtasıdır.*" [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-9283-40dade21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı (Erişim Tarihi: 09.03.2015)]

Her ne kadar AYM, milli güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunmasını İnternet'e erişim özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlandıran nedenler arasında saysa da karşılaştırmalı hukuk açısından konu değerlendirildiğinde, İngiltere'de, ABD'de yaşanan 11 Eylül 2011 terör saldırısının oluşturduğu ortamın da etkisiyle Londra merkezli Sakina Security (Güvenlik) adlı web sitesi, patlayıcı hazırlama konusunda bilgiler içerdiği ve terör örgütlerine destek sağladığı gerekçesiyle kapatılmıştır. (Özcan, 2004,

322). Daha önce de ifade edildiği üzere, İngiltere, bu uygulamasını 2006 tarihli Terörizm Kanunu'nun *(Terorism Act)* 3'üncü kısmına dayandırmaktadır. [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/section/3 (Erişim Tarihi:17. 07.2014) Bkz yukarıda II. Bölüm 2.5.2.1)]

Benzeri bir uygulamaya 8/A maddesi kapsamında da gidilmiştir. IŞID Terör Örgütü propagandası yaptığı iddia edilen yaklaşık on tane İslami İnternet sitesine de Gölbaşı Sulh Ceza Hakimliği'nin 13.07.2015 T ve 2015/609, 25.07.2015 T ve 2015/ 645, D.İş sayılı kararı ile erişim yasağı konmuştur. [ummetislam.com, ummetislam.info, jihadmin.com,tevhiddersleri.com, tevhiddergisi.com adlı web siteleri bunlardan bazılarıdır. http:// engelliweb.com/ (Erişim Tarihi:28.08.2015)] Aynı şekilde, 12.07.2015 tarihinde TİB tarafından da bazı İnternet sitelerine İslami terör propagandası yaptıkları gerekçesiyle idari tedbir uygulanmıştır.[takvahaber.net, mustaqim.net, darulhilafe.com, tevhidigundem.com adlı web siteleri bunlardan bazılarıdır. http://engelliweb.com/ (Erişim Tarihi:28.08.2015)].Şu halde, terör propagandası yapıldığı gerekçesiyle 8/A maddesi kullanılarak artık Türkiye'de de İnternet sitelerine erişim yasağı konduğunu söylemek mümkündür. [Düzenlemenin bu yönüyle isabetli olduğunu düşünüyoruz. Zira, ABD Terörle Mücadele Federal Bürosu Eylül 2014'te İnternet üzerinden faaliyet yürüten 59 terör örgütü listeledi. Aynı büronun verilerine göre İnternet'i aktif olarak kullanan terör örgütü sayısı 1998'de sadece 12 iken bu sayı 2010 yılında 4800'e kadar çıkmıştır. (Almagor, 2015, 179). Hamas, El Kaide gibi örgütler, İnternet üzerinden yayınladıkları rehberler aracılığı ile nasıl kimyasal bomba yapılacağı, insanların nasıl rehin alınacağı, saldırılardan nasıl korunulacağı ve yakın dövüş tekniklerinin nasıl kullanılacağı hatta mutfak malzemelerinden nasıl patlayıcı yapılacağına ilişkin bilgileri alenen paylaşmaktadır. Bu bilgilere göre 2004'te Madrid'de; 2005 Nisan'da Kahire'de; Temmuz 2006'da Almanya'da metroda; Temmuz 2007'de Londra'da; Nisan 2013'te ise Boston Maratonu'nda büyük çaplı terör eylemleri yapılmışıtır. (Almagor, 2015, 179-186).]

AYM, 02.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K**.** sayılı kararında belirlilik ilkesinin önemine yeniden atıfta bulunurken, İnternet'e erişim

hakkının sınırlandırılmasının TİB gibi bir idari kuruma, yargı denetimine olanak tanımaksızın verilmesinin hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığına da hükmetmiştir.

AYM, adı geçen kararında *"milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi"* gibi hallerin gecikmede sakınca taşıyan haller olduğunun takdirinin de bir idari makam tarafından yapılmaması gerektiğini, Anayasa'da güvencelenen haklara konacak olan sınırlandırmaların idari merciler tarafından kullanılmasının ancak bu idari mercinin yasa ile açıkça yetkilendirilmiş olması durumunda mümkün olabileceğine oyçokluğu ile hükmetmiştir. Gerekçede:

> *"Dava konusu kuralda geçen "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisi Başkan'a verilmektedir. Böylece kuralda sayılan oldukça önemli konularda belirtilen hâllerin varlığına ilişkin değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi TİB'e bırakılmaktadır. Ancak, genel olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemelerce verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik aracı kurum olarak görev yapan TİB'in kuralda yer alan ibarelerde belirtilen durumların varlığı veya yokluğunu belirleme noktasında tek başına değerlendirme yapacak konumda olmadığı açıktır. Milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur."* [http:// www. kararlaryeni. anayasa. gov.tr/ Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-928340 dade21b8 a4? Exclu deGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı (Erişim Tarihi: 09.03.2015)]

denerek, milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerin tek başına TİB tarafından takdir edilmemesi gerektiğine işaret edilmişse de bu tespitin nasıl yapılması gerektiği, başka bir deyişle, belirtilen hususların oluşup oluşmadığının takdirinde TİB'e hangi makam veya mercilerin yardımcı olması gerektiği belirtilmiş değildir.

İptal edilen hükmün yerine konan 8/A maddesinde, AYM iptal kararının gereği "şeklen" yerine getirilmiş gibi görünmektedir. Zira, 8/A maddesi ile iptal edilen hükümden farklı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine TİB tarafından tarafından internet ortamında yer alan yayınla ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebileceği ifade edilmiştir.

Şu halde, iptalden önceki düzenlemede TİB tarafından verilecek olan karar için TİB başkanı (yani tek kişi) talepte bulurken kararı TİB alıyordu. TİB Başkanı'na verilen bu yetki, kapsam itibarıyla çok geniş olup suistimallere yol açabilecek nitelikteydi. Zira, neyin milli güvenliği, kamu düzenini engellediğine TİB Başkanı tek başına karar vermekteydi. Oysa milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları yeterince belirlilik taşıyan kavramlar değildir. [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a4d6154f-629c-4f0f-b674-57f2f47555f6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 22. 10.1976 T, 1976/27 E., 1976/51 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi:25. 08. 2015)]

Ayrıca suç işlenmesinin önlenmesi ne TİB'in ne de TİB Başkanı'nın görevidir. Bu nedenlerin belirginlikten uzak oluşu, TİB Başkanı'nın tamamen kendi dünya görüşü ile herhangi bir İnternet sitesine yargı kararı olmaksızın erişim yasağı koyabilmesinin önünü açmaktaydı. Ayrıca, gecikmede sakınca bulunan durumun da TİB Başkanı tarafından takdir edilecek olması da önemli bir sakınca olup, ciddi ihlallere yol açma riski taşımaktaydı. Gecikme sakıncasını TİB Başkanı hangi ölçüte göre ve nasıl takdir edecekti?

Yeni düzenlemeye göre ise ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Buna göre kural olarak, daha önce de ifade edildiği üzere, tedbir kararı alma

yetkisi hakime aittir. Ancak, Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmede sakınca varsa Başbakanlık bu sakıncayı takdir edecek, nihai kararı ise TİB verecektir.

AYM'nin biraz yukarıda özetlenen 1970'li yıllardan beri verdiği kararlarından yola çıkıldığında, milli güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması kavramlarının belirlilikten uzak, yoruma açık kavramlar oluşundan ötürü Anayasa'ya aykırı gördüğü sonucuna ulaşılabilir. AYM, ilkesel olarak adı geçen gerekçelerle bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılamaması gerektiğini ifade etmektedir. Görüldüğü kadarıyla, AYM de milli güvenlik kavramını 2945 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesindeki anlamıyla "dar" yorumlamaktadır.

Ne var ki AİHM, temel hakların milli güvenlik gerekçesi ile sınırlandırılamayacağı konusunda AYM'ye göre "daha esnek" davranmaktadır.

Bu bağlamda incelenmesi gereken iki karar *Vereniging Weekblad Bluf-Hollanda* ile The Observer and Guardian-İngiltere Kararları'dır.

9 Şubat 1995 tarihli Vereniging Weekblad Bluf! V. Hollanda Kararı'nda (16616/90) AİHM, gizli olarak nitelenen bir bilginin yayınladığı derginin toplatılmasına ilişkin toplatma kararının, bilginin geniş bir kitleye ulaştıktan sonra verildiği için anlamsızlaştığı düşüncesiyle 10'uncu madde yönünden ihlal bulmuştur. (Soykan, 2007, 70)

Karara konu olan olayda, bir dernek olan başvurucu, Bluf! adlı haftalık dergide 1987 yılında ele geçirdiği Hollanda istihabarat servisi tarafından 1981 yılında oluşturulduğu anlaşılan ve üzerinde "GİZLİ" yazan belgeyi yayınlayacağını duyurduğu için daha yayından önce toplatılmıştır. Aynı gece Bluf! Dergisi çalışanları adı geçen nüshayı tekrar basarak Amsterdam sokaklarında dağıttı. (Tanju, 2012, 234; AİHK, 2003, 372)

AİHM'e göre toplatma kararına konu olan belge her şeyden önce altı yıllık bir belgedir ve Hollanda güvenlik servisi başkanı, adı geçen belgede yer alan bilgilerine ayrı ayrı ele alındığında artık, geçen zaman karşısında devlet

sırrı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını kendisi beyan etmiştir. Öte yandan, belgenin üzerindeki "GİZLİDİR" kaydı, bu gizliliğin derecesinin düşük olduğunu da göstermektedir. (Tanju, 2012, 234)

Olay bütüncül olarak değerlendirildiğinde, dergiye el konulmasından sonra yayıncılar yüksek sayıda nüshayı tekrar basarak Amsterdam sokaklarında dağıtmışlardır. Şu halde, adı geçen belgedeki bilgiler, toplatma kararının verildiği tarih itibarıyla zaten alenileşmiştir. Kaldı ki belgeler üzerinde ulusal medya organlarında zaten değişik yorumlar da yapılmıştır. Durum böyle olunca, bu bilgilerin milli güvenlik veya devlet sırrı oluşturduğu gerekçesiyle toplatılması AİHS'nin 10'uncu maddesi karşısında demokratik toplumda zorunlu bir gereksinim olarak kabul edilemez. (AİHK, 2003, 372)

Milli güvenlik veya devlet sırrı gibi gerekçelerle basın özgürlüğünün sınırlandırılmaması gerektiğine ilişkin emsal olarak değerlendirilebilecek diğer bir karar ise 26 Kasım 1991 tarihli "The Observer and Guardian v. United Kingdom Kararı" dır. (13585/88). [Kısa özet için bkz Avcı, 2013, 142 vd. İngilizce metin için bkz Case of The Observer and Guardian v. United Kingdom http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search. aspx#{%22 fulltext%22:[%22The%20Observer%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57705%22]} (Erişim Tarihi:07.11.2013)]

Davaya konu olan olayda İngiltere mahkemesi, milli güvenliği tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle yayınlanacak olan bir kitaptan yapılacak belli alıntıların yayınlanmasına yasak koymuştur. AİHM, bu yasağın bilgi edinme hakkını da orantısız ve hukuka aykırı şekilde engellediğini vurgulamakla birlikte, İngiliz Hükümeti'nin ifade özgürlüğünün milli güvenlik gerekçesiyle sınırlandırıldığına ilişkin savunmasına itibar etmemiştir.

İngiliz Hükümeti, The Observer ve The Guardian Gazeteleri'nin geçici tedbir kararı ile yayınının durdurulmasına karşı AİHM'e yaptıkları başvuruda, geçici tedbir kararının alındığı tarih itibarıyla kitaptaki bilgilerin devlet sırrı mahiyetinde olduğunu, bilgilerin yayınlanması durumunda İngiliz istihbaratında görevli olan bazı kişilerin kimlik bilgilerinin ortaya çıkabileceğini, bu durumun da milli güvenliğe aykırılık oluşturabileceğini, zira

çıkacak bilgilerden ötürü müttefik ülkelerle İngiltere'nin arasının bozulabileceğini, edinilen bilgilerin yayılmasının da önüne geçilemeyeceğini ifade etmiştir. (Tanju, 2012, 232)

AİHM'e göre basının milli güvenlik ya da yargı yetkisinin korunması bakımından belirlenmiş sınırları aşmama yükümlülüğü olsa da kamu yararını ilgilendiren bilgi ve fikirlerin açıklanması da basının görevleri arasındadır. (Avcı, 2013, 143; AİHK, 2003, 382)

Ancak 1986'da İngiliz mahkemesi tarafından, gazetelerin adı geçen kitaptan bölümler yayınlamasını engellemek amacıyla tedbir kararı verilmişti. Bu süreçte, adı geçen kitap 1987 yılında ABD'de yayınlanmış ve İngiltere'de de bulunabilir olmuştu. Ne var ki verilen tedbir kararı buna rağmen 1988 yılına kadar yürürlükte kaldı. (Tanju, 2012, 232)

AİHM, bu olguya dikkat çekerek, geçici tedbir kararının kitap yayınlanmadan önce haklı görülebileceğini fakat kitabın ABD'de yayınlanmasının ardından içeriğin artık sır olmaktan çıktığını ve milli güvenlik gerekçesi ile yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle İngiltere'nin AİHS'in 10'uncu maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. (Tanju, 2012, 233)

Her iki kararda da AİHM, milli güvenlik ve kamu düzeni gibi nedenlerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, kavramın belirsizlik içermesinden ve tanımlanmasındaki güçlükler içerdiğini kabul etmektedir. Ne var ki bu güçlük, bu iki kavrama dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin kesinlikle sınırlandırılamayacağı anlamına gelmez. AİHM'e göre bu gibi kavramlara dayanılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, sınırlandırma nedenlerinin taraf devletlerce oldukça güç koşullara bağlanması gerekir. (Avcı, 2013, 98). Bu cümleden olarak AİHM, gizli bilgilerin ifşa edilmemesini gazetecilerin görevleri arasında saymaktaysa da hassas haberlerin verilmesini engelleyen yasaların özellikle kamu yararının bulunduğu durumlarda kısıtlama getirme açısından çok katı kurallar içermesi gerektiğine; haber gibi günlük bir konudaki kısıtlamaların geçici nitelikte dahi olsalar son derece ciddi sonuçlar doğurabildiğine işaret etmektedir. (AİHK, 2003, 382)

Yine AİHM'e göre, milli güvenlik konusundaki bilgiler bir kez kamusal alana çıktıktan sonra artık gizli olarak yorumlanamayacağından, yerel makamlarca verilecek olan toplatma, yasaklama gibi kararların zorunlu bir önlem olmaktan çıktığı kabul edilmelidir. Keza bilginin alenileşmesinin milli güvenliği ihlal edeceği düşünülecek olursa, gizliliğin zaman kaydı ile sınırlanması ve bilginin gizli olup olmadığının belli dönemler halinde gözden geçirilmesi de gerekecektir. Aynı şekilde, milli güvenlik nedeniyle konacak sınırlamalarda, bilginin kamuoyu tarafından öğrenilmesinde kamu yararı olup olmadığı da takdir edilmeli, kamu yararı varsa bu tür bilgilerin yayınlanmasının engellenmemesi de gerekmektedir. (Tanju, 2012, 231)

AİHM, bu ölçütler gözetilmeden milli güvenlik alanındaki bilgilerin yayılmasını ve bilgiler üzerindejki kamu denetimini engelleyen her türlü yasanın demokrarik toplum açısından gerekli olmadığını, bu yönüyle de Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlalinin gündeme geleceğini ifade etmektedir. (Tanju, 2012, 231)

ABD-YM de 1971 tarihli "Pentagon Belgeleri Kararı" olarak da bilinen New York Times Co-US Davası'nda (403 U.S, 713) milli güvenlik kavramı tartışılmıştır. [Aybay, 1978, 72; https:// supreme. justia.com /cases / federal/us/403/713/case.html N ew York Times Co-US, (30.06.1971,403 U.S, 713) (Erişim Tarihi:28.08.2015)]. Karar, ABD-YM'nin, Vietnam Savaşı'na ilişkin bazı belgelerin New York Times ve Washington Post Gazeteleri'nin savaşa ilişkin gizli belgeleri yayınlama girişiminin ABD Hükümeti tarafından "milli güvenlik" gerekçesiyle mahkeme kararı ile durdurulmasına adı geçen gazetelerin itirazı üzerine Federal Mahkeme'nin adı geçen belgelerin milli güvenlik gerekçesiyle yayınlanmasının engellenemeyeceğine hükmetmesiyle sonuçlanmıştır. (Aybay, 1978, 72, dipnot: 25)

Adı geçen kararda ABD-YM, basın özgürlüğünün milli güvenlik gerekçesi ile sınırlandırılmaması gerektiğine işaret etmiş, "*güvenlik sözcüğü Birinci Ek'te belirtilmiş temel hukuku ortadan kaldırmak için başvurulamayacak; geniş ve müphem bir genellemedir. Askeri ve güvenlik sırları, bilgili kılınmış temsili hükümet (yönetim tarzı) pahasına korumak,*

Cumhuriyetimize hiç de gerçek bir güvenlik sağlamaz." gerekçesini kurmuştur. (Aybay, 1978, 72, dipnot: 25)

Bazı üyeler ise bozma hükmüne katılmakla birlikte, *"sırların saklanacağı konusunda güvence verilmezse, başka devletler bizimle karşılıklı güven ortamı içinde ilişki kurmakta zorluk çekeceklerdir. Temel ulusal güvenlik alanında mutlak bir gizliliğe sık sık ihtiyaç duyulabileceği apaçıktır."* diyerek gerekçe yönünden karşıoy kullanmışlardır. (Aybay, 1978, 72, dipnot: 25) Diğer bazı üyeler ise, olayın yeterince detaylı incelenmediğini ve dosyanın çok hızlı şekilde karara bağlandığını, ayrıca dış ilişkilere ilişkin konuların siyasal nitelik taşıdığı ve bu nedenle de yargının yetkisinin çok sınırlı olduğunu savunarak karara muhalif kalmışlardır. [(15 Haziran 1971 günü yerel mahkeme tarafından karara bağlanan dava, 25 Haziran'da ABD-YM'nin önüne gelmiş ve 30 Haziran'da da karara bağlanmıştır. (Aybay, 1978, 72, dipnot: 25)]

Anlaşıldığı kadarıyla ABD-YM milli güvenlik nedeniyle bilgilerin yayınlanması konusunda AİHM'den de geniş düşünmektedir. Gerekçeye bakıldığında, ABD-YM'nin AİHM gibi, belgelerin yayınlanmasında kamu yararı bulunup bulunmadığı, aleniyet kazanıp kazanmadığı gibi ölçütlere dikkat etmeksizin düşünceyi ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğüne öncelik tanımaktadır.

İfade etmemiz gerekir ki ABD-YM'nin bu kararı kendisinden yaklaşık 15 ay kadar önce verilen Danıştay 12'nci Dairesi'nin 5 Mart 1970 T., 1969/4097 E., 1970/426 K sayılı kararı ile pek çok yönden benzeşmektedir. (Aybay, 1978,72). Yine de Danıştay'ın da milli güvenlik kavramını tanımladığı çok fazla kararı bulunmadığını söylemekte yarar vardır. [Akgüner, 1983, 33. Danıştay'ın yeni kararlarında da milli güvenlik kavramının net bir tanımının yapılmadığını ifade edelim. (En azından 28 Ağustos 2015 itibarıyla durum böyledir.)]

Adı geçen dava, 15.12.1969 günü uygulamaya konulan öğretmen boykotu ile ilgili her türlü haber ve yayınların 359 Sayılı Kanun'un 17'nci maddesi gereğince Türkiye Radyo ve Televizyonlarından yayınlanmasının men edilmesine dair Başbakanlık işleminin iptali istemiyle açılmıştır. [Kararın geniş özeti için bkz Amme İdaresi Dergisi (AİD, 1970/2) , C:3, S:2, Haziran 1970,

s.249 vd.)]. Danıştay, bu kararında milli güvenlik kavramını dar anlamıyla ele alarak kavramı *"yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı, Devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması"* şeklinde tanımlamış ve bir eylemin hukuka veya yasalara aykırılık taşımasının o eylemin mutlaka milli güvenliğe de aykırılık taşıdığı anlamına gelmeyeceğini, eylem ancak ulusal bütünlüğü de tehdit eder duruma gelmişse milli güvenliğe aykırılık oluşacağını ifade etmiştir. (AİD, 1970/2, 250, 251)

Danıştay, adı geçen kararında, bir haberin yayından men edilebilmesi için, yapılan eylemin milli güvenliği ihlale yöneldiğinin duraksamasız biçimde anlaşılması ile bu eylemin radyo ve televizyonlar aracılığı ile yayınlanması durumunda yurt sathına yayılma ya da şiddetinin artma tehlikesinin birlikte var olması gerektiğine de hükmetmiştir. (Aybay, 1978, 70). Bu yönden bakıldığında, Danıştay'ın yaklaşımının AİHM'in ölçütleriyle bağdaştığı, nesnel ve hukuki temellere dayandığı söylenebilir. Zira kararda bir yandan milli güvenlik nedeniyle belirli bazı koşullarda anayasal özgürlüklerin kısıtlanması gerektiği, öte yandan da anayasal özgürlüklerin kısıtlanmasında uygulanması gereken ölçütler dengeli biçimde ortaya konmuştur. (Aybay, 1978, 71)

Diğer yandan ifade edilmelidir ki milli güvenlik gerekçesi ile bazı temel hakların sınırlandırılabileceği BM-MSHS ile AİHS'te de belirtilmiştir. BM-MSHS'nin 12, 13, 14, 19, 21 ve 22'nci maddeleri ile AİHS'nin 6, 8, 10 ve 11'inci maddelerinde milli güvenlik nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabileceği ifade edilmiştir. (Tunç ve Döner, 1998, 4; Akgüner, 1983, 45, 46)

Bu cümleden olarak, yukarıda özetlenen kararlar ışığında, 8/A maddesi ile Anayasa'da ifade hürriyetinin sınırlandırılması için öngörülen nedenler aynen yasa hükmü olarak alındığı gibi, belirtilen hükümlerin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine de aykırılık taşıdığı söylenebilir. Bu bağlamda, maddenin İnternet üzerinden ifade özgürlüğü için teminat olduğunu söylemek güç görünmektedir. [Benzeri gerekçe için bkz Kerem Altıparmak'ın 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesine ilişkin bireysel başvuru dilekçesi (s.10, p.31)]

AYM 02.10.2014 günü, 2014/149 E., 2014/151 K. sayılı, 5651 Sayılı Kanun'un 8/16'ncı maddesini iptal ettiği karardaki milli güvenlik gerekçesinin,

AİHM içtihadında belirtilen ölçütlerle bağdaştığını söylemek güç görünmektedir. Zira AYM, adı geçen kararında 8'inci maddenin 16'ncı fıkrasındaki "milli güvenlik" ölçütünün bizatihi yasada yer almasını iptal sebebi saymıştır. Oysa, AİHM milli güvenlik ifadesinin yasada yer almasını bizatihi iptal sebebi saymamakta, bunu biraz yukarıda özetlenen ölçütlere göre değerlendirmektedir.

AİHM'in yukarıda örneklenen kararlarındaki ölçütlerin İnternet siteleri açısından da uygulanabilmesi mümkündür. 8/A maddesinde "milli güvenlik" gerekçesiyle İnternet sitelerine konacak erişim yasakları söz konusu olacaksa, adı geçen bilginin veya haberin yayınlanmasında kamu çıkarının olup olmadığının da değerlendirilmesi zorunluluk haline gelmektedir. Bu yönüyle bakıldığında Cumhuriyet Gazetesi'nin, Jandarma kaynaklarına dayanarak verdiği, MİT tırlarıyla Suriye'ye insani yardım değil; silah gönderildiğine ilişkin haberine 8/A maddesindeki "milli güvenlik" gerekçesi ile içerik çıkarma kararı veren TİB kararının AİHM ölçütleriyle bağdaştığını söylemek güç görünmektedir. Zira, adı geçen haberin verilmesinde kamu çıkarının bulunduğu kanaatimizce tartışmasızdır.

[Kararın 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesine dayandığı, TİB'in Cumhuriyet Gazetesi'ne gönderdiği şu uyarı yazısından anlaşılmaktadır:

> *"Sayın Yetkili,*
>
> *Bilindiği üzere, 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" 23/05/2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.*
>
> *Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Türkiye'de İnternet içerik düzenlemeleri konusunda yetkili kamu kurumudur.*
>
> *6639 sayılı Kanunun 29.maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen, 15/04/2015 tarih ve 29327 sayılı Resmi Gazete de yayımlanarak yürürlüğe giren 8/A maddesi uyarınca; Başkanlığımıza, aşağıda yer verilen internet adresindeki içeriğin çıkarılmasına ve erişimin engellenmesine yönelik Hâkimlik kararı gönderilmiştir.*

5651 sayılı Kanunun 8/A. maddesinin 1.fıkrasını son cümlesi gereğince kararın gereği, tarafınızca derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle; aşağıda belirtilen internet adresindeki içeriğin derhal ve en geç dört saat içinde çıkarılması, aksi takdirde erişimi engelleme işlemi tesis edilerek 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesindeki hükümler gereğince hakkınızda adli ve idari işlem başlatılacağı hususları ihtar olunur.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" http://t24.com.tr/haber/cumhuriyetin-jandarma-o-tirlarda-silah-var-dedi-haberine-erisim-yasagi,299483 (Erişim Tarihi: 11.08.2015)]

Aynı şekilde, haber içerikli ve muhalif siteler olan Özgür Gündem, Azadiya Welat, Yüksekova Haber, Rudaw, Erbil Merkezli BasNews, Hawar Haber Ajansı (ANHA), Fırat Haber Ajansı, Dicle Haber Ajansı (DİHA), [Dicle Haber Ajansı'nın İnternet sitesine, 27.07.2015 tarihinden 17.09.2015 tarihine kadar toplam 17 kez erişim yasağı konmuştur. http://sendika1.org/2015/09/diha ya-17-kez-erisim-engeli/ (Erişim tarihi:17.09.2015) Bunu alanında bir rekor olarak tanımlamak mümkündür.] Sendika Org, Dagmedya.net, Etkin Haber Ajansı (ETHA) ve RojNews'in de aralarında bulunduğu Kürt muahlefeti ağırlıklı 309 İnternet sitesinde de sulh ceza hakimliği kararıyla, TİB'in 8/A maddesine göre yaptığı bildirim üzerine, "milli güvenlik" gerekçesiyle 24 saat içerisinde erişim yasağı konmuştur. İşin ilginç yanı, sendika.org adlı İnternet sitesine de diğer haber siteleriyle birlikte 25.07.2015 günü Gölbaşı Sulh Ceza Hakimliği'nin 25.07.2015 T ve 2015/646 D.İş sayılı kararı ile erişim yasağı konmuş olmasıdır. Kapatılan sitenin yönlendirildiği sendika.tv adlı İnternet sitesine de bu kez 26.07.2015 günü TİB tarafından erişim yasağı konmuştur. [http://sendika1.org/2015/07/sendika-tvye-de-erisim-engellendi-sansuru-delelim-sansurekarsisendikaorg/ (Erişim Tarihi: 28.08.2015)]. Bir başka haber içerikli İnternet sitesi olan etha.com.tr de Gölbaşı Sulh Ceza Hakimliği'nin 27.07.2015 T ve 2015/7648 D.İş sayılı kararı ile engellenmiştir.

[http://etha.com.tr/ (Erişim Tarihi:28.08.2015) http://sendika1.org/2015/07/ethaya-erisim-engeli/?utm_source=Re viveOldPost&utm _medium=social &utm_ campaign=ReviveOldPost (Erişim Tarihi:28.08.2015)]

Konu, Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak tarafından 17.08.2015 tarihinde AYM'ye bireysel başvuru yoluyla taşınmış ve başvuru dilekçesinde adı geçen İnternet sitelerindeki içeriğin sulh ceza hakimliği tarafından nasıl olup da gecikmede sakınca taşıdığının 24 saat gibi kısa bir sürede takdir edildiğinin anlaşılamadığı, haklı olarak, ifade edilmiştir. [http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1549 (Erişim Tarihi: 27.08.2015)]

Bir başka haber sitesi olan Nokta Dergisi'nin İnternet sitesine (http://www.noktadergisi.com.tr/) İstanbul 2'nci Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.09.2015 T. 2015/4141 D. İş sayılı kararı ile Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın şehit tabutu arkasındayken gülümseyen bir yüzle selfi pozu çektiği görüntüsünü (Tony Blair'in arkasında bombalar patlarken çektiği selfie pozundan esinlenerek) ana sayfada paylaştığı için erişim yasağı konmuştur. Nokta Dergisi'nin İnternet sitesine erişim tümüyle engellenirken, aynı haberi ve fotoğrafı paylaşan Diken, Odatv, Meydan Gazetesi, İnternet Haber, Yeni Yön gibi İnternet sitelerine de url temelli erişim engeli konmuştur. [http://www.noktadergisi.com.tr/ (Erişim Tarihi: 17.09.2015) ; http://www.diken.com.tr/noktanin-erdogan-selfieli-kapagini-basan-diken-dahil-bircok-haber-sitesine-engelleme/ (Erişim Tarihi: 17.09.2015)]

Kararın 8/A maddesine dayanılarak verildiği açıkça anlaşılamıyor olsa da "milli güvenlik" gerekçesi ile verilmiş olabileceğini düşünüyoruz. Eğer milli güvenlik gerekçesine dayanılarak verilmişse karar 8/A maddesine "şeklen" uygun sayılabilir. Ancak salt bir fotoğraf nedeniyle Nokta Dergisi'nin İnternet sitesine tümüyle erişim yasağı konmasının orantılılık ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Kaldı ki anlaşılan odur ki Nokta Dergisi bu haberle siyasi bir hicivde bulunmuştur. Oysa, daha önce de ifade edildiği üzere AİHM ve AYM kararlarında basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün "ayrıcalıklı" bir aracı olarak görülmektedir. Öyle ki AİHM kararlarında, toplumsal sorunlara ilişkin olup da siyasi şahsiyetlere yönelen eleştiriler varsa gazetecilerin ifade özgürlüğünden

çok geniş biçimde yararlanması gerektiği kabul edilmektedir. (Tanju, 2012, 178. Konu hakkında bkz Bölüm I, başlık 1.3.1.2)

Ancak eğer İstanbul 2'nci Sulh Ceza Hakimliği'nin 14.09.2015 T. 2015/4141 D. İş sayılı kararı "Cumhurbaşkanı'na hakaret" gerekçesi ile verilmişse durum daha da düşündürücüdür. Zira 5651 Sayılı Kanun'da ne 8'inci maddede ne de başka bir maddede ve ne de başka bir yasada cumhurbaşkanına hakaret suçu erişim yasağı tedbirinin uygulanması için sayılan suçlar arasında belirtilmiş değildir. Bu durumda, kararı veren hakimlik, "Cumhurbaşkanına hakaret" (TCK 299) hükmünü de erişim engeli kararı verilebilecek olan katalog suçlara, hiçbir yasal dayanağı olmadığı halde dahil etmiş demektir. Eğer karar 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesine göre verilmişse, bu kez Cumhurbaşkanı kamuya mal olmuş bir kişilik olduğundan, basının haber verme hakkının daha geniş olduğu ve üstün nitelikteki kamu yararının bulunması durumunda basının haber verme hakkı ile kişilik hakları karşılaştırıldığında, üstün nitelikteki kamu yararına öncelik tanınacağı hem AİHM, hem de Yargıtay kararlarına göre kabul edildiği için, karar bu açıdan da hukuka aykırılık taşımaktadır. Öte yandan, kararın 9'uncu maddeye göre verilebilmesi için kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin başvurusu gerekmektedir. Böyle bir başvuru olmadan kendiliğinden savcılık/hakimlik kararıyla 9'uncu maddeye göre erişim yasağı konabilmesi mümkün değildir. (Geniş bilgi için çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.6 ve III'üncü Bölüm'ün 3.4.1 başlıklarına bakılabilir.)

Türkiye'de AYM bu eksendeki yaklaşımını sürdürür ve AİHM çizgisine evrilmezse, 8/A maddesi hakkında yapılacak olası bir başvuruda Sözleşme'nin 10'uncu maddesinin ihlali gerekçesi ile mahkum olması yüksek olasılıktır.

Kerem Altıparmak tarafından AYM'ye 8/A maddesinin iptali talebiyle yapılan bireysel başvuruda, kanaatimizce de doğru olarak, 8/A maddesinin doğurabileceği diğer sakıncalar şöyle ifade edilmiştir:

> *"Ayrıca ifade etmek gerekir ki 5651 Sayılı Yasa'ya eklenen 8/A maddesi çerçevesinde verilecek kararlardan kullanıcıların nasıl haberdar olacağı belirtilmiş değildir. Dolayısıyla kullanıcıların*

haberdar olmayacağı bu kararlara itiraz edilmesi de mümkün olmayacaktır. Yapısal olarak 8/A Maddesi hukuka aykırı olduğu iddia edilen içeriklerin sorgusuz sualsiz ve hatta nedeni ve gerekçesi bilinmeden engellenmesi ve kaldırılmasını amaçlamaktadır. Durum böyleyken her kullanıcının keyfi işlemlere karşı AİHS madde 13 ve Anayasa madde 40 uyarınca etkili bir başvuru hakkına sahip olması gerekirken kanunda kullanıcıların bu kararlara nasıl ulaşacağı ve itiraz edeceği öngörülmüş değildir.

5651 Sayılı Kanu'un 8/A maddesinin idareye oldukça geniş bir yetki tanıyor olması ve de etkili bir başvuru yolu öngörmemesi sadece teorik bir sorun olmayıp aynı zamanda pratik bir sorun teşkil etmektedir. 5651 Sayılı Kanun'un özellikle 8'inci maddesi uygulaması çerçevesinde yaklaşık 80.000'e yakın İnternet sitesi ile ilgili alan adı bazlı erişim engelleme kararı verilmiştir ve bu kararların yaklaşık %94'ü TİB tarafından karara bağlanmaktadır. Aynı şekilde, 5651 Sayılı Yasanın 9'uncu maddesi kapsamında sulh ceza hakimlikleri tarafından bir sene içerisinde 3000'den fazla URL tabanlı erişim engelleme kararı verildiği bu şekilde 20000'i aşkın adrese erişimin engellendiği bilinmektedir." [Kerem Altıparmak'ın 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesine ilişkin bireysel başvuru dilekçesinden alınmıştır. (s.6, p.13, p.14)]

Gerçekten de 8/A maddesi o kadar geniş ve gelişigüzel biçimde uygulanmaktadır ki Suruç katliamını haber yaptığı için aralarında Cnntürk, Hürriyet ve Habertürk'un de bulunduğu İnternet sitelerindeki haber içeriklerine Suruç Sulh Ceza Hakimliği'nin 20.07.2015 T ve 20157335 D.İş sayılı kararı ile 8/A maddesindeki "milli güvenlik" gerekçesiyle erişim yasağı konmuştur. [https://www.esb.org.tr/?q=basin-aciklama (Erişim Tarihi: 22.7.2015) http: // www.sozcu.com.tr/2015/gundem/iste-erisime-engellenen-siteler-890372/ (Erişim Tarihi: 22.7.2015)]

Engellenen sitelerden birisi de www.diken.com.tr adlı haber sitesidir. www.diken.com.tr de yer alan ve engellenen haberlerin içeriğine bakıldığında, haberlerin gerçekten de haber verme sınırları içerisinde olduğudur.

[(Örneğin engellenen 20.07.2015 tarihli haberlerden birisi içerik olarak şöyledir:

"*Diken, saldırının ardından Kürdistan Topluluklar Birliği KCK Yürütme Konseyi Eşbaşkanlığı'ndan yapılan yazılı açıklamayı duyurmuştu.*

Suruç'taki katliama ilişkin yapılan yazılı açıklamada, "Bu katliamdan birinci derecede IŞİD'i destekleyip büyüten AKP hükümeti sorumludur. Bu gençlerin katili doğrudan AKP hükümetidir. AKP'nin Kürt düşmanlığı ve Kürt düşmanlığı temelinde IŞİD'le kurduğu ilişkiler ve ittifak bu katliamı ortaya çıkarmıştır. Suriye'de de Türkiye'de de IŞİD'i AKP hükümeti yaratmıştır" deniliyordu.

Diken, bu haberi 'KCK'dan saldırı sonrası ilk açıklama: IŞİD'i destekleyip büyüten AKP sorumludur' diye duyurmuştu.

Engellenen diğer haber ise şöyledir*:*

"Diken, aynı gün HDP'nin saldırı sonrası yaptığı ilk açıklamaya da yer vermişti.

HDP Eş Genel Başkanları Figen Yüksekdağ ve Selahattin Demirtaş imzasıyla yapılan yazılı açıklamada, "Geçiçi hükümet, yurttaşlarımızın can ve mal güvenliği tedbirlerini almak için, her türlü sorumluluğunu yerine getirmekle mükelleftir. PYD'ye karşı, orduyu ve on binlerce askeri sınıra yığarak sözde güvenlik tedbiri alan hükümet, Suruç'ta elini kolunu sallayarak bomba patlatanların siyasi olarak hesabını vermek zorundadır" deniliyordu.

Diken, "IŞİD'e karşı sus pus olanlar, sesini bile yükseltmeye cesaret edemeyenler, HDP'ye bile her gün tehdit savurup IŞİD'in başını okşayan Ankara'daki yöneticiler bu barbarlığın suç ortağıdırlar" denilen açıklamanın tamamına haberinde yer vermişti.

Engellenen bir başka haber ise içerik olarak şöyledir:

"Pazartesi günü gerçekleşen bombalı saldırı ülkeyi yasa boğarken, aynı gün çok sayıda konser ve etkinliğin iptal edildiği duyuruldu. Diken, iptal edilen etkinlikleri derlediği haberinde, TRT'nin yayın akışını değiştirdiği, Beşiktaş'ın yeni transferi Quaresma'nın

karşılama töreninin iptal edildiğini duyurmuştu.Haberde, Türkiye'nin farklı illerinde iptal edilen konserlerin listesi de verilmekteydi." http://www.diken.com.tr/dikenin-suruc-saldirisina-iliskin-uc-haberine-erisim-engeli-getirildi/ (Erişim Tarihi: 22.7.2015)]

Suruç katliamına ilişkin görüntülerin yayınlanmasından ötürü sosyal medyadaki bazı hesaplara da erişim yasağı konmuştur. Suruç Sulh Ceza Hakimliği'nin 20.07.2015 T ve 2015/335 D.İş sayılı kararı ile Twitter, Youtube ve Facebook'taki bazı içeriklere erişim engeli konmuştur. Facebook ve Youtube kararın gereğini yerine getirdiği halde, Twitter kararın gereğini yerine getirmediği için kısa bir süreliğine tümüyle erişime kapatılmıştır. Daha sonra bu karar kaldırılmış ve Twitter'a yeniden erişim sağlanmaya başlanmıştır. [https://www.esb.org.tr/?q=basin-aciklama (Erişim Tarihi: 22.7.2015) http://www.milliyet.com.tr/twitter-a-neden-girilmiyor--teknoloji-2091008/ (Erişim Tarihi: 22.7.2015)]

Çalışmamızın I'nci Bölümü'nün 1.3.1.2 başlığında da irdelendiği üzere, haber verme sınırları içerisinde olan ve gerek Yargıtay'ın gerekse AİHM'in içtihadındaki ilkelere uyan (gerçeklik, güncellik, kamu yararı ile haberin veriliş biçiminin kişilik haklarına aykırı olmaması) haberlerin içeriklerine "milli güvenlik" gerekçesi ile erişim engeli konması, Türkiye'yi AİHM nezdinde güç durumda bırakabilecektir. 8/A maddesinin uygulanma biçimine bakıldığında, maddenin AİHS ölçütlerine göre yeniden yazılması gerektiğini söylemek yanlış bir tespit sayılmaz.

Sonuç olarak 8/A maddesinin bu eleştiriler doğrultusunda yeniden ele alınması ve ölçülülük, kademelilik, etkili başvuru hakkının tanınması, silahların eşitliği kuralının uygulanmasının sağlanması anlamında düzenlenmesi gerekmektedir.

2.5.3. Maddelerin Cezaların Şahsiliği ve Orantılılık İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi

5651 Sayılı Kanun'un 8 ve 8/A maddelerinin cezaların şahsiliği ve orantılılık ilkelerine de birçok yönden aykırı olduğu söylenebilir.

Bir görüş, 5651 Sayılı Kanun ile amaçlanın bireylerin İnternet'e erişiminin engellenmesi olmadığını; amacın İnternet üzerinden zararlı içeriğe erişimin engellenmesi olduğunu savunuyor olsa da (Dülger, 2007, 1479) geride kalan yaklaşık 7 yıllık uygulamada kanunun hiç de sadece zararlı içeriğe erişimin engellenmesi amacıyla uygulanmadığını, katalog suç sayımına rağmen, bazen salt siyasi ya da dini amaçlarla dahi İnternet sitelerine erişim yasağı konduğunu göstermektedir. Örneğin www.ateizm.org adlı İnternet sitesi, hiçbir yasayı ihlal etmemesine rağmen tamamen siyasi ve dini kaygılarla erişime kapatılmıştır. [(Köse ve Özen, 2010, 120-121; www.ateizm.org (Erişim Tarihi:25.10.2014) adlı siteye erişim yasağı 23.09.2015 tarihi itibarıyla faaldir. Sitenin linkine tıklandığında *"Ulaşmaya çalıştığınız İnternet sitesi Mahkeme/Savcılık kararı ile erişime engellenmiştir."* uyarısı ile karşılaşılmaktadır. Mahkemenin/savcılığın ise hangi mahkeme/savcılık olduğu bu uyarıdan anlaşılamamaktadır. Siteye tarafımdan ilk erişim 25.10.2014 tarihinde yapılmaya çalışılmışsa da belirtilen uyarı ile karşılaşılmıştır. Buradan da sitenin yaklaşık en az bir yıldır kapalı olduğu anlaşılmaktadır.] Benzeri yasakların richarddawkins.net, egitimsen.org.tr ve www. turandursun. com'un da aralarında bulunduğu pek çok site hakkında, Adnan Oktar'ın başvurusu üzerine uygulandığı da bilinmektedir. (Akdeniz ve Altıparmak, 2008, 49; geniş bilgi için ayrıca bkz Avcı, 2013, 375-378). Bu durum, uygulanan tedbirin orantısız oluşu bir yana, yasaya dayanmıyor oluşu yönüyle Anayasa'nın 13'üncü maddesini ihlal ettiği gibi; sitenin sahibi açısından Anayasa'nın 26'ncı maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine de aykırıdır.

Türkiye'de İnternet erişim yasaklarının hukuka ve anayasaya aykırı şekilde ve kolayca uygulandığına verilebilecek en çarpıcı olaylardan biri de yakın geçmişte yaşanmıştır. İnternet günlükleri olan bloglara konan erişim yasağı buna verilebilecek çok önemli örneklerdendir.

Kişilerin kendi düşüncelerini açıkladıkları ve kişisel yazılarını koydukları blog sitelerine konan erişim yasağı birtakım ciddi mağduriyetlere yol açabilmektedir.

Örneğin wordpress uzantılı on-line günlük sitesinin tamamına konan erişim yasağı yüzünden sadece zararlı içeriği taşıyan günlük sitesi değil, bu alan adı üzerinde barınan 3.5 milyon kişiye [Bu rakam 2009 yılı sonundaki rakamdır. (Akgül, 2008, 368)] ait farklı İnternet siteleri de zarar görmüştür. (Aynı sakınca blogger.com veya blogspot.com uzantılı web sitelerine konan erişim yasağında da yaşanmıştır.) Ayrıca, böyle bir tedbir ise orantısızdır ve sakıncalı bir kitap nedeniyle tüm kütüphanedeki kitapları yasaklamaya benzemektedir. [Akdeniz ve Altıparmak, 2008, 77; Akgül, 2008, 367 (*www.wordpress.com alan adını bir iş merkezine benzetirsek, "www oradaki dükkanlardan sadece biri. "Alan adını yasaklama yöntemi" ile aynı iş merkezindeki milyonlarca dükkanı yasaklıyoruz."* (Akgül, 2008, 368)]. Bu türdeki bir yasağın ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesi ile 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının da ihlaline yol açtığı da söylenebilir.

Nitekim Türkiye 18 Aralık 2012 tarihinde, "Google Sites" üzerinden yayın yapan sadece bir blogda çıkan "Kemalizm'in Karın Ağrısı" adlı tek bir makale nedeniyle tüm blogların barındığı ana sayfaya konan erişim yasağından ötürü, başvurucu Ahmet Yıldırım'a AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlal edildiği gerekçesi ile 7500 EURO tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. [(http://www.ntvmsnbc.com/id/25407057/ *"AİHM'den Ankara'ya Google cezası"* başlıklı haber. (Erişim Tarihi: 21.12.2012). Kararın geniş özeti için bkz **Koç**, 2013, 85 vd.)]

Türk Hükümeti'nin davada savunma yapmamış olması da erişim yasaklarının ne kadar orantısız ve hukuk dışı uygulandığının hükümet tarafından da zımnen kabul edildiğini göstermesi bakımından manidardır.

Kararın gerekçesinde, yerel mahkemenin önce Atatürk'e hakaret içerdiği düşünülen blog sitesine erişim yasağı koyduğu; ne var ki TİB'in başvurusu üzerine bu kez bu web sitesinin yer sağlayıcısı olan Google Sites adlı web sitesine erişim yasağı konduğu, oysa alınan her iki kararda da ne Google Sites'in ne de başvurucunun blogunun kararın süjesi olduğu; Google

Sites yer sağlayıcı konumunda olsa dahi 5651 Sayılı Kanun'da mahkemenin öngördüğü şekilde bütüncül biçimde web sitesine erişim yasağı konmasının öngörülmediği, bu nedele 5651 Sayılı Kanun'un TİB'e tanıdığı yetkilerin, erişim yasağı tedbirinin uygulanması konusunda oldukça geniş yetkiler tanıdığı, nitekim bu yetkilere dayanarak TİB'in mahkemeden rahatlıkla erişim yasağı tedbirini genişletmesini talep ettiği ifade edilmiştir. (Önok, 1327, dipnot: 57)

AİHM, erişim yasağı kararı konurken ve bu karar uygulanırken "suçta ve cezada kişisellik" ilkesinin gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir. Konu, Ahmet Yıldırım-Türkiye Kararı'nın 54 ve 55 numaralı paragraflarında şöyle ifade edilmektedir:

> *"54. AİHM, aynı zamanda ihtilaf konusu engellemenin, üçüncü bir kişiye ait İnternet sitesine getirilen ön kısıtlama neticesinde gerçekleştirildiğini gözlemlemektedir. Mevcut olayda, Google Sites'a tümden getirilen erişim kısıtlaması kararı zamanda bu İnternet alanında yer alan bir başka sitenin sahibi olan başvuranı da olumsuz yönde etkilemiştir. Şüphesiz, açıkça tam bir yasaklamadan bahsedilmemekte; ancak başvuranın web sitesine erişiminin kısıtlanması sonucunu doğuran İnternet'e erişimin sınırlandırılmasından söz edilmektedir. Bununla birlikte, İnternet'in , kişilerin ifade ve bilgi edinme özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik olarak günümüzdeki başlıca araçlardan biri olması nedeniyle, ihtilaf konusu sınırlamanın olabilecek sınırlı etkisi İnternet'in önemini azaltmamaktadır: Bu konuda, siyasi sorunlar veya kamu yararına ilişkin tartışma ve etkinliklere katılmaya imkân veren başlıca araçlar bulunmaktadır."*

AİHM, karardan anlaşıldığı kadarıyla, Google'a konan genel nitelikteki erişim yasağının başkalarının ifade ve bilgi edinme özgürlüğünü de etkilediği gerekçesiyle, tedbirin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Ne var ki Ahmet Yıldırım Kararı'ndaki bu çıkarımı AİHM, Akdeniz-Türkiye Kararı'nda yapmamış ve konuyu farklı şekilde yorumlamıştır. [http://

hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-9493%22]} –Akdeniz-Türkiye Kabul Edilemezlik Kararı İngilizce özet, (Erişim Tarihi: 06.08.2015)]

Akdeniz Türkiye Kararı'nda başvurucu Yaman Akdeniz Haziran 2009'da savcılık kanalıyla "myspace" ve "last.fm" adlı web sitelerine müzik çalışanlarının telif haklarına aykırı yayın yaptıkları gerekçesiyle erişim yasağı koydurtmasına ilişkin karar kesinleştikten sonra, konan yasakların kendisinin de bilgiye ulaşma hakkını etkilediği gerekçesiyle başvuruda bulunmuştur.

Mahkeme, başvuruyu kabul edilemezlik kararı ile neticelendirmiştir. Gerekçede ise, Ahmet Yıldırım davası ile karşılaştırmaya giderek, Yıldırım'ın konan erişim yasağı nedeniyle, kendi İnternet sitesine de erişim hakkının engellendiğine, bu durumun kişisellik ilkesine aykırılık oluşturduğunu; ne var ki Akdeniz'in durumunun farklı olduğunu zira Akdeniz'in myspace ve lastfm adlı web sitelerinin sahibi olmadığı, sadece kullanıcısı olduğu; bundan ötürü de durumunun Yıldırım'ınkinden farklı olduğuna hükmetmiştir.

AİHM'e göre Yıldırım, kapatılan sitesindeki bilgilere başka kanallarla ulaşmazken, Akdeniz için, telif haklarını ihlal etmemek kaydıyla bu mümkündü. Akdeniz-Türkiye başvurusunda mahkemenin konuya ilişkin gerekçesi şöyledir:

> *"Kapatılan siteler müzik paylaşım siteleri olup telif hakkına ilişkin kurallara uymadıkları için haklarında kapatma tedbiri uygulanmıştır. Başvurucu, bu sitelerin bir kullanıcısı olarak, diğer site kullanıcıları gibi, pek çok site arasından yalnızca bu siteler üzerinden müzik dinleme hakkından yoksun kalmıştır. Ancak başvurucunun, aynı müziklere, başka siteler üzerinden telif haklarının ihlali söz konusu olmadan da ulaşabilmesi güç değildir."* (Çeviri tarafımdan yapılmıştır.)

Yıldırım Kararı'na göre tedbir, verilen kararın sonucunda alınmış ve özgürlük bu gerekçeyle kısıtlanmıştır. Öte yandan devletin buradaki müdahalesi haksızdır ve özgürlüğün kullanımına kamu makamları tarafından müdahale edilmiştir:

> *"55. AİHM, kısacası, ihtilaf konusu tedbirin, İnternet sitesine erişimin engellenmesine ilişkin verilen karar neticesinde getirilen bir sınırlama olarak değerlendirildiği kanaatindedir: Mahkeme, bu tedbir*

kararının uygulanması amacıyla, aynı zamanda TİB'in talebi üzerine, başvuranın web sitesinin yer sağlayıcısı olan "Google Sites'a" erişimin engellenmesine karar vermiştir. Bu nedenle, başvuranın kendi web sitesine erişmesi imkânsız hale gelmiştir. Bu unsur, AİHM'in, haber veya bilgi alma ve verme özgürlüğünün tamamlayıcı bir unsuru olan ilgilinin ifade özgürlüğüne, söz konusu tedbir kararı nedeniyle "kamu makamlarınca müdahale edildiği" sonucuna varması için yeterlidir (bkz, mutatis mutandis, Ayşe Öztürk v. Türkiye, n° 24914/94, 42,15 Ekim 2002)."

Şu halde, Ahmet Yıldırım'ın mağduriyeti, kendi kişisel eyleminden ötürü değil, başka birisinin kendi blogunda paylaştığı bir içerikten ötürü doğmuştur. AİHM, böyle bir durumda, buna ilişkin kısıtlamanın üçüncü kişilerin bilgi edinme ve ifade özgürlüğünü de olumsuz etkilediğini belirtmektedir. Erişim engeli kararı bu yönüyle suçta ve cezada kişisellik ilkesiyle bağdaşmamaktadır:

"46. AİHM, başvuranın akademik çalışmaları ile çeşitli alanlardaki yorumlarını yayınladığı bir İnternet sitesinin sahibi ve kullanıcısı olduğunu gözlemlemektedir. Başvuran, sitesiyle hiçbir ilgisi bulunmayan bir ceza davası çerçevesinde alınmasına hükmedilen tedbir kararının bir sonucu olarak, İnternet sitesine erişme imkânının bulunmamasından şikâyet etmektedir. Başvuranın nazarında, esasa ilişkin karar verilmeden önce ön kısıtlama kararı söz konusudur."

AİHM, Yıldırım Kararı'nda Google Sites adlı siteye erişimin tamamen engellenmesinin aynı zamanda orantılılık ilkesiyle de bağdaşmadığını ve tedbirin demokrartik toplumda gerekli olmadığı kanaatindedir. Zira, ortada acilen müdahale edilmesini gerektiren bir durum yoktur.

AYM de AİHM içtihadına benzer şekilde, erişim yasaklarının uygulanmasında, suçta ve cezada kişisellik ilkesine dikkat edilmesini, hukuka aykırı içeriği paylaşmayan kişilerin erişim yasağından ötürü mağdur olmamasının sağlanmasını içtihat etmektedir.

AYM, Twitter hakkında TİB tarafından verilen ve sadece bir hesaptaki hukuka aykırı içerikten ötürü tüm Twitter hesaplarına erişim yasağı koyan

kararla ilgili bireysel başvuru üzerine verdiği 02.04.2014 T., 2014-3986 B. numaralı kararında, belli bir hesaptaki içerikten ötürü tüm İnternet sitelerine erişim yasağı konmasının, orantılılık ve cezaların şahsiliği ilkeleri ile bağdaşmadığı gerekçesi ile ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir:

> *"49. Bu durumda, bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddiasının konusunu oluşturan ifade özgürlüğünün demokratik hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında TİB tarafından Twitter.com isimli İnternet sitesine erişimin engellenmesi yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil, Twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu ve hukuki dayanağının olmaması nedeniyle başvuruculların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."* [http:// www.kararlaryeni .anayasa. gov.tr/ Bireysel Karar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bd d447 02537 ?words Only=False AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi:16.04.2014)]

AYM, benzeri bir gerekçeyi Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında da kurmuş ve şöyle demiştir:

> *"40. Youtube'un da dahil olduğu sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platformdur. Bu gibi İnternet siteleri günümüzde sosyal medyada dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve tanıtımların yapıldığı etkili bir alan haline gelmiştir. İnternet'in sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olup, bu tür sitelere yapılan müdahalelerin milyonlarca bireysel kullanıcıyı etkilediği açıktır. Tedbir niteliğinde dahi olsa, bir kullanıcı tarafından paylaşılan içerik nedeniyle sitenin tamamının erişime kapatılması halinde bütün bireysel kullanıcıların siteden yararlanması imkansız hale gelmektedir."* [http://www.kararl

aryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

AYM'nin gerekçesi ile AİHM'in Yıldırım Kararı'ndaki gerekçe benzeşmektedir:

"48. AİHM, ifade özgürlüğünün uygulanması konusunda İnternet sitelerinin önemine ilişkin olarak, Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık (no: 1 ve 2), (no:3002/03 ve 23676/03, § 27, AİHM 2009) kararında aşağıdaki görüşe yer verdiğini hatırlatmaktadır: "İnternet siteleri, büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel biçimde bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır."

49. Bu değerlendirmeler, aynı zamanda mevcut dava için de geçerlidir. Zira AİHM, Google Sites'in, bir grup bünyesinde web sitesinin kurulup paylaşılmasını kolaylaştırmaya imkân veren bir Google modülü olduğunu ve böylece ifade özgürlüğünden yararlanmayı sağlayan bir aracı teşkil ettiğini kaydetmektedir."

AYM'ye göre, sosyal medyanın ve İnternet'in sınırlandırılmasına ilişkin kuralların konmasında ve uygulanmasında son derece hassas davranılmalıdır. AYM, hassas dengenin kurulmasında İnternet'e erişim hakkının düşünceyi açıklama ve bilgiye ulaşma hakları ile de yakın bağlantı içerisinde oluğunu da belirtmiş ve Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında ve 02.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K**.** sayılı kararında İnternet'e erişim hakkının düşünceyi açıklama ve bilgiye ulaşma hakları ile de yakın bağlantı içerisinde oluğunu ifade ederek kurmuş ve şu tespitlerde bulunmuştur:

"39. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternet'in sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi

açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen İnternet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır." (aynı gerekçe Youtube kararı, p.52) [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-9283-40dade21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı (Erişim Tarihi: 09.03.2015)]

Şu halde, gerek AİHM, gerekse AYM, İnternet sitelerinin ifade özgürlüğünün kullanılmasında önemli araçlar olduğu görüşündedir. Bu nedenle, İnternet sitelerine müdahale edilirken, müdahaleden ötürü başkalarının haklarına zarar gelmemesine özen gösterilmelidir. Kişisellik ilkesi gereğince, bir hukuka aykırı içerikten ötürü başka bireylerin ifade özgürlüğünün zarar görmesi kabul edilemez.

Birkaç paragraf yukarıda özetlenen Akdeniz Kararı'nda ise, mysapce ve lastfm adlı web sitelerinin müzik paylaşım sitesi olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca başvurucu Yaman Akdeniz'in, adı geçen sitelere konan erişim yasağından ötürü bilgilere başka kanallarla da ulaşabileceği vurgulanmıştır. Şu halde, Twitter gibi, Youtube gibi, Google gibi sosyal paylaşım ve bilgi alışverişi sağlayan İnternet siteleriyle myspace ve lastfm gibi müzik paylaşımı sağlayan İnternet siteleri arasında da nitelik farkı olduğu, AİHM tarafından zımnen de olsa kabul edilmiştir. Durum böyle olunca, erişim yasağı kararının kişisellik ve orantılılık ilkesini ihlal edip etmediği, yasak konan web sitesinin niteliğine göre de değerlendirilmelidir.

AYM, Youtube Kararı'nda, erişim yasağı tedbirinin yalnızca hukuka aykırılığı tespit edilen URL'ler için uygulanmayarak, tüm siteye yönelik şekilde uygulanmasının ve bu şekilde hukuka aykırı içerikle hiçbir ilgisi bulunmayan başka kişilerin de mağdur edilmesinin kişisellik ve orantılılık ilkesiyle bağdaşmadığını şöyle ifade etmiştir:

"61. Bu olgular ve ilkeler ışığında başvuru konusu olaya bakıldığında, TİB tarafından URL bazlı tesis edilmesi gerekli olan idari tedbirlerin yalnızca hukuka aykırılığı tespit edilen içeriğe yönelik olarak

uygulanabilecek ve daha hafif nitelikteki bir müdahale tedbirinin varlığı araştırılmaksızın tedbir konusu içerikle ilgisi olmayan ve sayısal olarak kıyaslanamayacak ölçüde çok URL adresindeki yayına erişimi engellemeye yönelik genel bir yasağın uygulanması, bu kararın verilmesine gerekçe olarak gösterilen içeriklerin içerik veya yer sağlayıcısı olmayan kullanıcıların da erişimininin engellenmesine yol açacak tarzda tedbir kararının genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır (benzer yönde bkz. Yıldırım/Türkiye, B. No: 3111/10, 18.12.2012, § 63).

Ahmet Yıldırım kararına konu olan olaydakine benzer şekilde verilen genel nitelikteki bir erişim yasağının Anayasa'nın 38/7'nci maddesinde düzenlenen "suçta ve cezada kişisellik" ilkesi ile bağdaştığını söylemek de mümkün görünmemektedir. [(Akdeniz, 2011, Söyleşi, http://www. turkinternet. com/portal /yazigoster.php?yaziid=33216 (Söyleşi) (27 Temmuz 2011) (Erişim Tarihi: 15.03.2014)] Zira, bu yöntemle sadece suç işleyen kişilere değil, suç işlemeyen kişilere de erişim yasağı ile ceza verilmekte, hatta suç unsuru taşımayan on-line günlük yazarlarının sitelerine de erişim yasağı konmaktadır. [(Akdeniz, 2011, Söyleşi (http://www.turk-İnternet. Com / portal / yazi goster. php?Yaziid =33216) (Erişim Tarihi: 15.03.2014)]. Deyim yerindeyse, bu şekildeki bir yaklaşım nedeniyle adeta "anayasal suç" işlenmektedir. (Akgül, 2008, 371). Ayrıca bu şekildeki genel erişim yasağı nedeniyle kişilerin Anayasa'nın 26'ncı maddesindeki *"Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti"*nin de ihlal ettiğini söylemek mümkündür.

www.blogger.com adlı İnternet sitesine 2011 Yılı Mart ayı içerisinde Digitürk'ün FSEK EK4/son maddesinden doğan talebi nedeniyle konan erişim yasağı nedeniyle, pekçoğu hiçbir suç unsuru taşımayan 4 milyon civarında İnternet sitesine de erişim yasağı konmuştur. [http: //www.milliyet.com. tr/ blogger-a-erisim engeli/turkiye/sondakika/01. 03. 2011/1358576/default. htm (Erişim Tarihi: 05.01.2012)] Bu şekildeki bir erişim yasağının uygulanmasının doğru olmadığı düşünülebilir. Şu halde, ilgili web sitesinde sadece zararlı içeriğin kaldırılması yönünde tedbir alınmalıdır. (Akgül, 2008, 367)

AYM, Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında, erişim engeli olarak gösterilen gerekçedeki içeriklerle

başvuruculların arasında bir bağlantının olmamasını ve başvuruculların kullandığı İnternet sitelerinde erişimin engellenmesini gerektirecek bir içerik bulunmamasını mahkumiyetine gerekçe göstermiştir. AYM'ye göre, verilen karar bu yönüyle de kişisellik ve orantılılık ilkeleriyle örtüşmemektedir. Gerekçede bu konu özetle şöyle aktarılmaktadır:

> *".p. 39: Somut olay bağlamında, anılan siteye erişimin engellenmesinin gerekçesi olarak gösterilen içerikler ile bireysel kullanıcı niteliğindeki başvurucular arasında bir bağlantı bulunmadığı gibi, kendilerinin kullanıcısı oldukları sitelerde erişimin engellenmesine konu bir içeriğin olduğuna dair herhangi bir iddianın da bulunmadığı görülmektedir."*

AYM'nin Youtube Kararı'ndaki gerekçesinden yola çıkılarak genel nitelikteki bir erişim yasağının kişilerin *"bilgilenme ve bilgiye ulaşma hakkını"* ihlal ettiği de söylenebilir. Örneğin "Youtube" adlı görüntü paylaşım sitesine yaklaşık 2 yıl boyunca erişim sağlamak mümkün olamamıştır. Bu nedenle, hukuka aykırı içerikten sorumlu olmayan kişilerin de haber alma ve bilgi edinme hakları engellenmiştir. Bu durumun Anayasa'nın 38/7'nci maddesi ile güvencelenen *"ceza sorumluluğu şahsidir"* ilkesi ile ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesi ile 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrası ile de bağdaştığını savunmak pek mümkün görünmemektedir.

Kişisellik ilkesi gereğince AİHM'e göre, hukuka aykırı içerik taşıyan bir web sitesinden ötürü, hukuka aykırı içerikle hiç ilgisi olmayan başka web sitelerinin kapatılmaması gerekir. İnternet'e erişim hakkının bilgi alma ve verme özgürlüğü ile de yakından bağlantılı olduğu düşünüldüğünde, kişisellik ilkesinin hassasiyetle uygulanmasının önemi ortaya çıkmaktadır. AYM'nin İnternet erişimine ilişkin yukarıda incelenen içtihatlarındaki ölçütlerin bu yönüyle de AİHM içtihadı ile örtüştüğünü ifade etmek sevindiricidir.

Orantılılık ilkesi de gerek AİHM gerekse AYM kararlarında, İnternet erişiminin kısıtlanması konusunda oldukça geniş yer bulmuştur. Kişisellik ilkesiyle bağlantısı olan ilkenin, kademelililik ve ölçülülük ilkesiyle de birlikte yorumlanması gerekmektedir.

TİB'in idari tedbir olarak verdiği kararın ne kadar süreyle uygulanacağı, kararın ne zaman kaldırılacağı, karara karşı nereye itiraz edileceği 5651 Sayılı Kanun'da veya yönetmelikte düzenlenmiş değildir. Şu halde, kuramsal olarak TİB, bir İnternet sitesine erişim yasağı koyacak ve bu karar süresiz olarak uygulanabilecektir.

Aynı sakıncanın mahkeme veya yargıç tarafından verilen erişim yasağı kararları açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü, mahkeme veya yargıç tarafından verilen erişim yasağı kararlarının da ne kadar süre için geçerli olacağı yasada belirtilmiş değildir. Ancak yasada, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verildiğinde tedbirin kendiliğinden kalkacağı açıkça ifade edilmiştir. Unutulmamalıdır ki ceza muhakemesinde hak ve özgürlükleri genişletici mahiyette kıyasa başvurmak mümkündür. (Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, 2013, 43, 44). Bu nedenle, CMK 135'te düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin 3 ay süre ile uygulanacağı ve ancak bir kereye özgü olarak yargıç kararı ile 3 ay daha uzatılabileceği yönündeki kuralın kıyasen erişim yasağı süreleri bakımından da uygulanabilmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

Daha önce detaylı olarak incelediğimiz üzere, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasına 6518 Sayılı Kanun'la eklenen son cümle gereğince, mahkeme tarafından gerekli (amacı gerçekleştirmeye yeterli) görülürse erişim yasağı, belli süreli olarak da verilebilecektir. Buna karşın TİB tarafından idari tedbir yoluyla verilen karar, İnternet sitesinin sahibi hakkında beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesine rağmen geçerli olabilecektir. Konuya bu açıdan bakıldığında, TİB'in idari tedbir mahiyetindeki kararının süreklilik kazanma tehlikesi içerdiğini belirtmek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Bu durumun, idari tedbir olarak verilen erişim yasağı açısından belirlilik ilkesinin yanında "ölçülülük" ilkesine de aykırılık oluşturduğu söylenebilir.

AİHM, ölçülülük ve orantılılık ilkesini kamu düzeni ilkesi ile birlikte yorumladığı kararlarından biri olan ve 2009 yılında verdiği Ürper vd Türkiye Kararı'nda Türkiye'yi Terörle Mücadele Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 5'inci

fıkrasından AİHS md 10'un ihlali nedeniyle mahkum etmiştir. [Ürper vd Türkiye Kararı http://www.insanhaklariortakplatformu.info/wp-content/uploads/2010/04/Urper-Turkiye-20Ekim2009_TR.pdf (Erişim Tarihi: 24.8. 2015)]

Bu karara gerekçe olarak da adı geçen iç hukuk düzenlemesine dayanılarak yayını durdurulan bir derginin yayın durdurma kararının, sonraki sayılara da etki edecek şekilde uygulandığı; oysa adı geçen yazının sadece bir sayıda yer aldığını, sonraki sayıların içeriğinin dahi henüz belli olmadığını, bu konuda dergi yetkililerinin savunmasının dahi alınmadığını, sonraki sayılarda çıkacak olan yazıların neler olduğunun ve bundan ötürü bu yazılar nedeniyle kamu düzeninin ihlal edilip edilmeyeceğinin bilinemeyeceği belirtilmiştir. (p.42, 43, 44)

Karar bu yönüyle değerlendirildiğinde, İnternet sitelerine konan erişim yasaklarında, tedbirin orantılılığının sağlanmasındaki güçlük de ortaya çıkmaktadır. Zira, İnternet basılı eser gibi olmadığından, sözgelimi bir haber sitesine konacak olan erişim yasağı, ilgili haber nedeniyle tüm siteye erişim engeli konması durumunda orantılılık ilkesini zedeleyecektir.

AİHM, yasanın yazılış biçiminin de orantılılık ilkesi açısından önemli olduğuna Ahmet Yıldırım Kararı'nda hükmetmiştir. Kararda, 8'inci maddenin bizatihi yazılış şeklinin web sitelerinin kapatılmasına yol açtığı, 8'inci maddenin korunan hukuki yararlar arasında makul ve kabul edilebilir bir dengeyi gözetecek nitelik taşımadığı şöyle vurgulanmıştır:

> *"66. AİHM, bununla birlikte, itirazı inceleyen hâkimlerin özellikle Googles Sites'a erişiminin tamamen engellenmesi gerekliliğini değerlendirerek, ihtilaf konusu olaydaki çeşitli yararlar arasındaki dengeyi araştırmaya çalışmadıklarını gözlemlemektedir.*
>
> *AİHM'in nazarında, bu eksiklik, Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında kendisi tarafından uygulanan ve ifade edilen kriterler dikkate alındığında, yalnızca hâkimlere "Google Sites" isimli yer sağlayıcısının tümden erişime kapatılmasının gerekliliği hakkında değerlendirmede bulunma zorunluluğu yüklemeyen 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. Aslında, sözü edilen bu*

yükümlülük, doğrudan Sözleşme ve AİHM içtihadından doğmaktadır. Hâkimler, kararlarında, sadece bu bağlamda verilen tedbir kararına uygun olarak ihtilaf konusu siteye erişimi engellemenin tek yolunun Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesi olduğunu ifade etmişlerdir (yukarıda belirtilen 8, 10 ve 13'üncü paragraflar).

Oysa AİHM, özellikle İnternette bulunan bilgilerin büyük çoğunluğuna erişimi engelleyen benzer tedbir kararları nedeniyle İnternet kullanıcılarının haklarına büyük ölçüde zarar verildiğini ve önemli dolaylı etkiler oluşabileceğini hâkimlerin dikkate almaları gerektiği kanaatindedir."

AİHM'e göre 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi, erişim yasağı kararı veren yargıçların özgürlükçü yorumda bulunabilmesine engeldir. Bunun da etkisiyle yargıçlar çatışan farklı nitelikteki hakların dengelenmesi bakımından bir yoruma gidememektedir. Zira yasa yargıca "ya kapatma talebini kabul et veya reddet" demektedir. Yargıca, bu iki seçenek dışında, sözgelimi "içeriğin çıkarılması" yönünde bir karar verme olanağı 8'inci madde ile tanınmamaktadır. Başka bir deyişle, madde "kademelilik" ilkesine uygun olamayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu durum da ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Nitekim AYM de Youtube ve Twitter kararlarında AİHM'in bu gerekçesini örnek alarak hüküm kurmuştur. Youtube Kararı'na göre 8'inci maddenin kademelilik (içerik engelleme) uygulamasına izin vermediği belirtilmemesinin ayrıca yasaların öngörülebilirliği ile de bağdaşmadığını şöyle ifade etmektedir:

"p.63: Ayrıca, Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında hâkime kademeli olarak erişimin engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer tarzda bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığı belirgin değildir. Bu nedenle TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu

karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir."

Gerekçede belirtilmemiş de olsa, kademelilik (içerik çıkarma) hakkının yargıca bırakılmamış oluşunun orantılılık (ve ölçülülük) ilkesiyle de bağdaşmadığı düşünülebilir. Nitekim, AYM 02.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K**.** sayılı kararında kurduğu gerekçeyi orantılılık ilkesiyle de taçlandırarak, idarenin İnternet'e müdahalesinin sınırlarının yasada açıkça çizilmesi gerektiğine, hatta idarenin bir İnternet sitesine doğrudan doğruya erişim yasağı koymak yerine 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerindeki gibi kademeli olarak, önce içeriğin kaldırılması ile sonuç alınabilip alınamayacağını değerlendirmesi gerektiğine hükmetmiştir:

"Erişimin engellenmesinde seçilen araç, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak ölçülülük değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle şartları oluşmadan öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütününün erişime engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu durumda dava konusu kural ile TİB, belirtilen sebeplere bağlı olarak, sadece milli güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi veya kamu düzenini tehdit ettiği değerlendirilen ilgili yayına erişimin engellenmesi kapsamında tüm İnternet sitesine erişimi engelleyebilecektir. Kanun'un 9. maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin ölçülülük ilkesi gereğince kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı görülmektedir. Bunun da sınırlı bir alanda idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği açıktır."

AYM'nin bu gerekçesi aynı zamanda, erişim yasağı kararının son çare olarak uygulanması gerektiğine ve içeriğin engellenmesi gibi başka bir yol olmaması durumunda bu tedbire başvurulması gerektiğine işaret etmektedir. Bundan ötürü, 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinde düzenlenen içeriğe erişimin engellenmesine ilişkin tedbirin 8'inci madde kapsamındaki hukuka aykırılıklar bakımından da uygulanması gerektiği, bu içtihada göre söylenebilir.

AYM'nin gerekçesinin 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi kapsamında verilen erişim yasağı kararları bakımından geçerli olduğunu söylemek güçtür. Her ne kadar 5'inci maddenin 2'nci fıkrası gereğince **y**er sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlü ise de bu düzenlemenin 9 ve 9/A maddelerindeki gibi "uyar-kaldır" yöntemi getirdiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Kaldı ki 8'inci maddede, 9 ve 9/A maddelerinde olduğu gibi hukuka aykırı içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

> [Nitekim karara muhalif kalan üyeler Nuri Necipoğlu ve M. Emin Kuz, karşıoy gerekçelerinde, 8'inci maddenin niteliği itibarıyla 9 ve 9/A maddeleri gibi kişiliği korumaya yönelmediği, maddenin amacının kişilik haklarını veya özel hayatı korumaktan ziyade maddede sayılan suçlarla ilgili yeterli şüphe bulunması durumunda erişimin engellenmesini amaçladığını, bu nedenle de mahiyeti ve amacı itibarıyla itibarıyla farklı olan iki maddeden birinin diğerine emsal gösterilerek, 8'inci maddenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğunun söylenmesinin kabul edilemeyeceğini şöyle ifade etmişlerdir: *"Oysa, erişimin engellenmesi kararının kapsamı bakımından böyle bir kademelendirme yapılmasının Anayasal bir dayanağı olmadığı gibi, muhtevaları tamamen farklı olan mezkûr maddelerin karşılaştırılması suretiyle yapılan ölçülülük değerlendirmesinde de isabet bulunmamaktadır. Kaldı ki, 8. maddenin ikinci fıkrasında Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemeye, dördüncü fıkrasında Başkanlığa verilen erişimin engellenmesine karar verme yetkisinin de kapsamı*

belirtilmemekte ve bu maddede, gerekçede belirtilen şekilde bir kademelendirme de öngörülmemektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, 8. maddede, İnternet ortamında yapılan ve birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi düzenlenirken, 9. maddede ve 9/A maddesinde İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ve özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri sonucunda verilecek erişimin engellenmesi kararlarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Mezkûr maddelerin muhtevaları tamamen farklı olduğundan, anılan düzenlemelerin karşılaştırılarak, iptal edilen fıkrada da 9. maddeye benzer şekilde bir kademelendirilme yapılmamasının ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğu yönündeki kabule katılmak mümkün görünmemektedir." http:// www. karar lar yeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-928340dade21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı (Erişim Tarihi: 09.03.2015)]

Bu nedenle, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine, kademelililik ve orantılılık ilkesinin sağlanması adına 9 ve 9/A maddelerinde olduğu gibi içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin düzenlemenin eklenmesinde yarar olduğunu ifade etmek isteriz. Yapılacak bu türden bri düzenleme ile Ahmet Yıldırım Kararı'nın mahkumiyet gerekçelerinden biri de giderileceği gibi, 8'inci madde açısından ortaya çıkan tartışmalı durum da ortadan kaldırılmış olacaktır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine eklenen 8/A maddesinin 3 numaralı bendine göre, 8/A'ya göre verilen kararlar bakımından URL bazlı erişim engeli konmasının önü açılmıştır. Düzenleme, bu yönüyle olumlu olmuştur. Benzeri düzenlemenin 8'inci maddeye de bir fıkra ile eklenmesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

AYM'nin Twitter ve Youtube hakkında verdiği bireysel başvuru kararları ile 02.10.2014 T. 2014/149 E., 2014/151 K**.** sayılı iptal kararı,

İnternet özgürlüklerinin kullanılmasını genişlettiği, İnternet'e erişim hakkını yasaların belirliliği, orantılılık ilkesi, TİB'in yetkilerinin genişliğinin hukuka aykırı olduğunun kabul edilişi, başvuruculaların ehliyetinin geniş yorumlanmış oluşu açısından Türk özgürlükler hukuku açısından fevkalade önemlidir. Öte yandan, AYM'nin kararlarının AİHM ölçütlerine uygun oluşu da hukuk sistemimiz bakımından sevindiricidir. Bundan ötürü, AYM'nin bu kararları, Türkiye'de İnternet özgürlüklerine yasama (ve yürütme) organlarının nasıl bakması gerektiğini göstermesi açısından da yol göstericidir. Yapılacak yasal düzenlemelerde AYM'nin bu konuda yaktığı ışıktan yararlanılmalıdır.

2.6. 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A Maddelerindeki Erişim Yasakları

2.6.1. Genel Değerlendirme

Hukukumuzda kişilik haklarının ve özel hayatın ihlali durumunda İnternet'teki içeriklerin kaldırılması için 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri uygulanmaktadır. 9'uncu maddede 5651 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra birtakım değişiklikler yapılmıştır. 9'uncu maddeye ayrıca sonradan özel hayatın gizliliğine ilişkin ihlallerin önlenmesi amacıyla 9/A maddesi eklenmiştir.

Maddelerin geniş değerlendirilmesine girişmeden önce, her iki maddeye ilişkin genel tespitlerimizi aktarmakta yarar görüyoruz.

5651 Sayılı Kanun kapsamındaki tüm bildirimlerin e-posta aracılığı ile yapılması, özellikle 9 ve 9/A maddeleri uyarınca yapılması gereken işlemlerin çabuklaştırılması adına önemlidir. Bu nedenle 7201 Sayılı Kanun'un 7/a maddesinin dördüncü fıkrasındaki *"Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır."* şeklindeki düzenlemenin 5651 Sayılı Kanun bağlamındaki bildirimlerde işi yavaşlatacağı gözetilerek 5651 Sayılı Kanun'daki bildirim sürelerinin öncelikle uygulanması gerektiği söylenebilir. Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.4.1 başlığında da detaylıca açıklandığı üzere, 5651 Sayılı Kanun'un 3/3'üncü maddesi gereğince erişim sağlayıcılara yapılacak olan

bildirimin ESB tarafından 7201 Sayılı Kanun'un 7/a maddesine göre yapılması sağlanmalı, yasa böyle düzenlenmelidir.

Daha önce çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.2.2.2 başlığında da ifade edildiği üzere, ortaya çıkabilecek olası bir sakınca da aynı İnternet sitesi için hem mahkeme hem de TİB tarafından konan bir erişim yasağına (ki bu kuramsal olarak mümkündür) yapılan itiraz üzerine, mahkemenin erişim yasağını kaldırması; TİB'in kaldırmaması durumunda sorunun nasıl çözüleceğidir. TİB'in kararına karşı yürütmenin durdurulması istemiyle idari yargıya gidildiğini, idari yargının bu talebi de reddettiğini ve sonra davayı esastan reddettiğini düşünecek olursak ortada birbiriyle çelişen iki ayrı mahkeme kararı olduğundan bahsedilebilecektir.

Nitekim 5651 Sayılı Kanun'un 9/9 hükmü gereğince, sonradan sulh ceza mahkemesine (hakimlik) yapılan itiraz üzerine itirazın bu mahkeme tarafından reddolunmasına karşın aynı TİB kararına karşı idari yargıya gidilmesi durumunda itirazın idari yargı tarafından kabul edilerek kararın yürütmesinin durdurulması veya iptali sağlandığında, hangi mahkemenin kararına geçerlilik tanınması gerektiği yönündeki tartışma burada da bir sorun olarak ortaya çıkabilecektir.

Çalışmamızın II'nci Bölümü'nün 2.2.1.2 (TİB'in İnternet üzerindeki yetkileri) başlığında da önerdiğimiz gibi, böyle bir durumda çözümün hak ve özgürlükler lehine yorum yapılarak ceza mahkemesinin kararına üstünlük tanımaktan geçtiğini düşünmekteyiz. Aksi halde, ceza mahkemesi tarafından kaldırılan veya gereksiz görülen bir koruma tedbiri idare mahkemesi tarafından devam ettirilmiş olacaktır.

AİHM, Pravoye Delo and Shtekel v. Ukrayna Kararı'nda İnternet'in basından farklı olduğunu, basından farklı hukuki düzenlemelere tabi tutulması gerektiğini, İnternet'in bir "basılı eser" olmadığını, İnternet'in geniş kitlelere ulaşmasının bu konuda temel hak ve özgürlükleri daha fazla ihlal etme tehlikesi taşıdığını, temel hak ve özgürlüklerin korunarak geliştirilmesini sabit kılmak amacıyla teknolojinin, belli özellikere göre uyarlanması gerektiğini ifade etmektedir. [http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2011/06/aihm-gazetecilerin-İnternetten.html (Erişim Tarihi:03.04.2015). Kararın İngilizce

sürümü için bkz http: // hudoc. echr.coe.int /sites/eng /Pages /search. aspx# { %22 full text %22: [%22 Pravoye %20Delo %20and%20 shtekel %22], %22 documentcollectionid2%22: [%22 G RAN DCH AMBER %22,% 22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-104685%22]} Case of Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine (Erişim Tarihi: 13.02.2014)]. 9 ve 9/A maddelerinin ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş olması bu nedenle AİHM içtihadına, yukarıdaki eleştiriler dışında "ilkesel olarak" uygundur.

Yukarıdaki ana tespitler ışığında çalışmamızın bu başlığı altında 9'uncu maddenin yeni ve eski şekli ile 9/A maddesi örnek yargı kararlarıyla birlikte değerlendirilmektedir.

Bu cümleden olarak ilk alt başlıkta 9'uncu madde kapsamlı olarak incelenmiştir. İkinci alt başlıkta ise 9/A maddesi değerlendirilmiştir. Son alt başlık ise, AB ülkelerinde sıklıkla uygulanan ve ABAD içtihadına da konu olan "unutulma hakkı"na ilişkindir. Türkiye'de henüz uygulaması bulunmayan ve pek de bilinmeyen unutulma hakkının tanımı, uygulanış biçimi, AB üyesi devletlerin mahkeme içtihatları ve ABAD içtihatları ile örneklenerek açıklanmıştır.

Her iki başlık incelenirken konu hakkındaki emsal Yargıtay ve AYM kararlarının analizine girişilmiş ve konuya ilişkin güncel erişim yasağı kararları uygulamadan örneklerle açıklanmıştır.

2.6.2. 9'uncu Maddenin Değerlendirilmesi

5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde, 6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun ile önemli değişikliğe gidilmiştir. Maddenin ilk şeklinde, "içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" başlığıyla, İnternet üzerinden kişilik hakları ihlal edilen kişilerin nasıl bir yöntem izleyeceği düzenlenmişti. Maddenin eski şeklinde "uyar-kaldır" olarak da nitelendirilebilecek, genel anlamda olumlu bir uygulama vardı. Uygulama, İnternet sitesindeki hukuka aykırı içeriğin yayından çıkarılması ile, talep eden tarafından belirtilen düzeltme metninin yayınlanması esasına dayanmakta ve İnternet sitelerine erişim yasağı koyma talebinde bulunma hakkı vermemekteydi.

Yeni düzenleme ise "içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlığı ile, 8'inci maddede sayılan erişim yasaklarının yanı sıra kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden başvuru sahiplerine doğrudan doğruya TİB'e başvurarak İnternet sitelerine erişim yasağı kararı aldırma talebinde bulunma hakkı tanımıştır. Yine de belirtmek gerekir ki yeni değişikle uyar-kaldır yöntemi sistemden tamamen çıkarılmış değildir. [İlk uygulama Twitter hakkında 21 Mart 2014, Youtube hakkında ise 25 Mart 2014 tarihinde gerçekleştirilmiştir. *"TİB, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 7/3/2014 tarih ve 2011/762, Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 4/3/2014 tarih ve 2014/223, İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesinin 18/3/2014 tarih ve 2014/181 ve İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 3/2/2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararlarına istinaden koruma tedbiri kararı uygulamış ve Twitter.com adresine ulaşım engellenmiştir.* AYM'nin 02.04.2014 T., 2014-3986 başvuru sayılı kararı, p. 8 (http://www.kararlaryeni. anayasa.gov.tr/ BireyselKarar / Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd4 4702 537? Words Only=False). (Erişim Tarihi:11.04.2014) Youtube da TİB tarafından "idari tebdir" uygulanarak erişime kapatılmıştır. http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/26098756.asp (Erişim Tarihi:11.04.2014)]

Öncelikle, ifade edilmelidir ki 5651 Sayılı Kanun'da 6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik bir "torba kanun" değişikliğidir. Torba kanun ile, ilgisiz pek çok kanundaki düzenlemeler bir araya getirilerek hep birlikte değiştirilir. Bu, hukuk uygulamasında sağlıklı bir yöntem değildir. [*"Roma, sakıncasını ve ne tür siyasi yozlaşmalara yol açtığını görerek torba kanunları MÖ 98'de yasaklamıştır; ancak torba kanunlar modern hukukların da tartışılan konularından biridir ve sorun olmaya devam etmektedir."* (Somer, 2010, s.28)]**.** Öncelikle yapılan değişiklikler kanun yapma tekniği açısından bu yönüyle sakıncalıdır.

9'uncu maddenin değişiklikten önceki şekli ile mevcut şekli karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde aşağıdaki tespitlere ulaşılabilir:

6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun'un 93'üncü maddesi ile değiştirilen 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin başlığı "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" şeklinde değiştirilmiştir.

Adı geçen madde, İnternet üzerinden yapılan yayınlarda, kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda nasıl bir yöntem izleneceğini düzenlemektedir.

Değişiklikten önceki düzenlemede maddenin başlığı "içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" olarak düzenlenmişti. [Başlık, maddenin konuluş amacına uygun düşmemekteydi. Zira, başlıktaki "cevap hakkı" şeklindeki ifade, yasanın konuluş amacı ile bağdaşmamaktaydı. Ayrıca maddede belirtilen *"içerik nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişi"* şeklindeki ifadenin de belirsizlik taşıdığı söylenebilir. (Avcı, 2013, 328). *"içerik nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişi"* şeklindeki ifade, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde, 6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun'un 93'üncü maddesi ile yapılan değişiklikle de korunmuştur. Bundan ötürü, tartışmanın yeni düzenleme için de geçerli olduğu söylenebilir.] Eski düzenlemeye göre, başvuru sahibinin öncelikle içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması durumunda ise yer sağlayıcısına ulaşarak, kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle İnternet ortamında yayımlanmasını isteyebileceği; içerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde talebi yerine getireceği, bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde talebin reddedilmiş sayılacağı; talebin reddedilmiş sayılması halinde, ilgili kişinin on beş gün içinde yerleşim yerindeki sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle İnternet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebileceği; sulh ceza yargıcının bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlayacağı, bu karara karşı CMK hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebileceği ifade edilmiş ve sulh ceza yargıcının kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanması gerektiği belirtilmiştir.

Sulh ceza mahkemesinin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişinin, altı aydan iki yıla kadar

hapis cezası ile cezalandırılacağı, içerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanacağı yönündeki düzenleme, erişim yasağı getirmeden "uyar-kaldır" mantığı üzerine çalışan, aksaklıkları olsa da, örnek bir sistemdi.

Ne var ki 6518 Sayılı Kanun'la, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmiştir. Maddenin başlığı *"İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi"*şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, eski metinde bulunmayan kişilik haklarının ihlali nedeniyle İnternet'e erişim yasağı konması yönündeki uygulama, yeni metinle olanaklı hale getirilmiştir.

Düzenlemenin, eski metinden iki temel farkı olduğu görülmektedir. Yeni metne göre, İnternet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünen gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra, kurum ve kuruluşlar da ilgili içeriğin kaldırılmasını isteyebilecekleri gibi, sulh ceza yargıcına başvurarak erişimin engellenmesini de isteyebileceklerdir.

Gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra kurum ve kuruluşların da başvurucular arasına katılmasının doğru olup olmadığı tartışılmalıdır. Zira, kişilik MK hükümlerine göre yalnızca gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine özgü bir kavramdır. Kurum ve kuruluşların (örneğin valiliklerin, baroların, bakanlıkların, bankaların, ticari işletmelerin vb) bu kapsama alınmasının maddenin uygulama alanını oldukça genişleteceği düşünülebilir. Diğer yandan, eski düzenlemeye göre yalnızca gerçek ve tüzel kişilerin cevap ve düzeltme hakkını isteyebilmesi mümkünken, değişiklik yapılan metinle kurum ve kuruluşlara da bu hakkın tanınmış olmasının, eski düzenlemedeki önemli bir eksikliği giderdiğini söyleyebiliriz.

Nitekim Türkiye Barolar Birliği, telefonla hukuki danışmanlık hizmeti veren https://www.aloavukat.net/ adlı İnternet sitesine 5651 Sayılı Kanun'un 9/1 maddesindeki hükme dayanarak 26.12.2014 tarihinde erişim yasağı koyulmasını talep etmiş; Ankara 5 Sulh Ceza Hakimliği de bu talebe istinaden adı geçen web sitesine 29.12.2014 T., 2014/4757 D.İş sayılı karar ile erişimin engellenmesine karar vermiştir. Bu da düzenlemenin bazı durumlarda oldukça yararlı ve işlevsel sonuçlar doğurabileceğini gösteren çarpıcı bir örnektir. [http://www.barobirlik.org.tr/Detay38697.tbb (Erişim Tarihi: 09.03.2015)]

Öte yandan, eski metinde kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişilerin mahkemeye başvurmadan önce, zorunlu olarak içerik sağlayıcısına, buna ulaşamazlarsa yer sağlayıcısına başvurması gerekmekteydi. Bu durum ise, bazı İnternet sitelerinde içerik veya yer sağlayıcılara ilişkin bilgilerin bulunmaması ya da güncel olmaması nedeniyle kişilerin mağduriyetine neden olabilmekte, kişilik hakları ihlal edilen bireylerin mağduriyetinin daha da artmasına yol açabilmekteydi. Bu ön başvuru koşulu yerine getirilmeden mahkemeye başvurulması durumunda ise kişilik hakları ihlal edilen başvuru sahiplerinin başvuruları "usulden" reddedilebilmekteydi.

Yeni düzenleme, içerik ve yer sağlayıcıya ulaşılamadığı durumlarda doğan ve biraz yukarında bahsedilen sakıncayı da ortadan kaldırmakta, hakkının ihlal edildiğini düşünen kişiye, sulh ceza yargıcına başvurarak, hukuka aykırı içeriğe erişimin engellenmesini sağlaması yönünde bir hak tanımaktadır.

Ayrıca, değişiklikten önceki düzenlemede 9'uncu madde kapsamındaki talepler yalnızca yurt içinden hizmet sunan içerik ve yer sağlayıcılarla sınırlı olarak yapılabilmekteydi. (Avcı, 2013, 329). Zira, yurt dışından hizmet/içerik sunan kişilere ulaşmak zaten uygulamada da oldukça güçtü. Diğer taraftan, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden başvurucu, eski metne göre önce içerik sağlayıcıya ulaşmaya çalışacak, buna ulaşamazsa yer sağlayıcıya gidecekti. Oysa, yer sağlayıcının değişiklikten önceki 5651 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesine göre, hizmet sunduğu içeriğin hukuka aykırılığını denetleme yükümlülüğü bulunmadığı gibi, sunulan içeriğin hukuka aykırı olduğu yönünde yetkili merciler tarafından bilgilendirilmesi ve teknik olarak da içeriğe müdahale etme olanağı olduğu durumlarda içeriği kaldırma yetkisi bulunmaktaydı. Yer sağlayıcı, içeriğe müdahale edemediği için uygulamada hukuka aykırılık taşıyan içeriğin kaldırılmasını sağlamak adına sistemin fişini çekmekte bu da fiilen sansüre yol açmaktaydı. (Avcı, 2013, 329)

5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesindeki düzenlemeye göre, kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünenlerin elinde iki olanak bulunmaktadır. Bunlardan ilki, değişiklikten önceki düzenlemede olduğu gibi, ihlale yol açan İnternet sitesinin içerik sağlayıcısına, buna ulaşamazsa yer sağlayıcısına

başvurarak hukuka aykırı olan içeriğin uyar-kaldır (uyarı) yöntemiyle yayından çıkarılmasını istemektir. Ancak, bu olanağa tercihli olarak hakkının ihlal edildiğini düşünen kişilerin doğrudan doğruya sulh ceza yargıcına başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini istemesi de mümkündür.

Uyar-kaldır yöntemi, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi dışında herhangi bir yerde düzenlenmiş değildir. Yöntem, içeriğin yayından çıkarılmasından farklıdır. Zira, içeriğin yayından çıkarılmasında, başvurucu, hukuka aykırılık taşıyan içeriğin çıkarılması için yargı yoluna başvurmadan içerik veya yer sağlayıcıdan hukuka aykırı içeriğin çıkarılmasını talep etmektedir. Böylece yargının iş yükü de azalmaktadır.

Uyar-kaldır yönteminin 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi için de uygulanmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz. Nasıl ki 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesinin 3'üncü fıkrasında içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin düzenlemeye gidilmişse, buna benzer bir düzenleme ile birlikte 8'inci maddeye uyar-kaldır yönteminin uyulanabilmesini sağlayacak bir fıkra da eklenebilir. Böylece, web sitesi içerik sağlayıcıları da çoğu kez gerekçesini dahi öğrenemeden TİB/ hakimlik kararıyla içerikleri çıkarılan ya da erişim engeli konan web sitelerinin kapatılmasını da engelleyebilecektir. Uyarıya, içerik sağlayıcının gerektiğinde yanıt vermesini sağlayacağı için, uygulamanın savunma hakkını ihlal etmesi de mümkün olmayacaktır. Bu da AİHS'nin 6'ncı maddesinin ihlal edilmemesi anlamına gelir. Ayrıca yargının iş yükü de bu yöntemle azalabilir. Uyarıya rağmen kaldırılmayan içerik hakkında ise yasaki mevcut yollar işletilebilir.

Öte yandan yasada, başvuruculaların uyarı yöntemini tercih etmesi durumunda öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınaması durumunda ise yer sağlayıcısına yapacağı başvurudaki makul sürenin ne kadar olduğu madde metninde belirtilmiş değildir.

Başvurucu, talebini içerik sağlayıcıya yönlendirdiğinde ne kadar süre bekleyecek ve ardından sulh ceza hakimliğine başvuracaktır? Başvurucunun bu seçeneği tercih etmesi durumunda ne kadar süre bekleyeceğinin yasada belirtilmemiş olması eksiklik olarak düşünülebilir. Sorunun, değişiklikten önceki 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde belirtilen iki günlük sürenin

benimsenmesiyle çözülebilmesi mümkündür. Yasanın mevcut halinde, başvuruculaların içerik sağlayıcılardan ne kadar süre içinde yanıt alacakları belirsiz olacağından doğrudan doğruya sulh ceza hakimliğine başvurarak ilgili içerik için erişim yasağı konmasını talep etmeleri söz konusu olacaktır. Bu durumun, ifade özgürlüğü başta olmak üzere anayasadaki diğer pek çok hak ve özgürlüğün ihlali anlamına geleceği düşünülebilir.

Yeni metni eski metinden ayıran en önemli farklardan birisi de değişiklikten önceki düzenlemede hukuka aykırı içeriğin yayından çıkarılması söz konusuyken, yeni metinde içeriğin yayından çıkarılmasının değil, içeriğe erişim engeli konması söz konusudur. Aradaki fark önemlidir. Zira, eski düzenlemede bir uzantıya (URL) erişim yasağı koymak söz konusu değildir. Yalnızca hukuka aykırılık taşıyan içerik İnternet sitesinden kaldırılmaktadır. Oysa değişiklikten sonraki düzenlemede, içeriğin çıkarılmasından değil, içeriğe erişim yasağı konmasından bahsedilmektedir. Bu nedenle, 9'uncu maddede yapılan değişiklik, hukukumuza yeni bir erişim yasağı gerekçesi kazandırmış ve 8'inci maddede sınırlı sayı ilkesiyle sayılan erişim yasaklarının yanına kişilik haklarının ihlali gerekçesini de eklemiştir. Böylece, yalnızca 5651 Sayılı Kanun ile dokuz (hatta 9/A maddesindeki özel hayatın gizliliğinin ihlali ve 8/A ile 8/14 maddeleri de eklenecek olursa on iki) ayrı nedene dayanarak İnternet sitelerine erişim yasağı konabilmesi mümkün hale getirilmiştir. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda yargıç bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilecektir. Bu düzenlemenin, değişiklikten önceki düzenlemeyle karşılaştırıldığında düşünce özgürlüğü anlamında "geriye gidiş" olarak yorumlanabilmesi mümkündür.

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılacaktır. Düzenleme ile, değişiklik öncesinde iki gün olarak belirtilmiş olan kural yirmi dört saate indirilmiştir. Sürenin kısaltılmış oluşu, hak ihlalinin ortadan kaldırılması için gereken sürenin kısaltılması anlamında olumlu olmuştur.

Yargıç, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça İnternet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez.

Ancak, yargıç URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, İnternet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

5651 Sayılı Kanun'un 9/1 maddesinin uygulanmasını, İstanbul 5'inci Sulh Ceza Mahkemesi'nin 26.03.2014 T., 2014/240 D. İş sayılı kararı üzerinden örneklemekte yarar görmekteyiz. (Karar yayınlanmamıştır.)

www. yorumla. net adlı İnternet sitesinin içerik sağlayıcısı olan şirket ve yer sağlayıcısı olan şirket aleyhine, talep eden vekili tarafından başvuruda bulunulmuş, başvuruda adı geçen web sitesinin www.yorumla.net/konu/bogazda-villa-operasyonu.879072/ adlı uzantıda yer alan haberin 5651 Sayılı Kanun'un 6518 Sayılı Kanun'la değişik 9/1'inci maddesi gereğince kaldırılması talep edilmiştir. Mahkeme, talebi kabul ederek, ilgili içeriğe 5651 Sayılı Kanun'un 6518 Sayılı Kanun'la değişik 9/3'üncü maddesi gereğince erişimin engellenmesine karar vermiştir.

Karara, yer sağlayıcı şirket vekili tarafından 25.04.2014 tarihinde itiraz edilmiştir. İtirazda şirket vekili özetle müvekkilinin yer sağlayıcı olduğunu, bu nedenle 5651 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesi gereğince müvekkilinin sorumluluğunun bulunmadığını, hukuka aykırı içerikten ötürü 5651 Sayılı Kanun'un 2/f ve 4'üncü maddeleri gereğince içerik sağlayıcının sorumluluğuna gidilebileceğini; yer sağlayıcının sorumluluğunun ise 5651 Sayılı Kanun'un değişik 5/2'nci maddesi gereğince, ancak yetkili merciler (savcılık, mahkemeler veya BTK) tarafından hukuka aykırı içerikle ilgili bilgilendirilmesi durumunda başlayacağını, oysa müvekkiline böyle bir bildirimin yapılmadığını ifade ederek, karara CMK 268/1'deki "ilgili" sıfatıyla

itiraz ettiklerini belirtmiştir. (İtiraz, yer sağlayıcı şirket adına vekaleten tarafımdan yapılmıştır.)

İtiraz üzerine İstanbul 2'nci Asliye Ceza Ceza Mahkemesi 03.06.2014 T., 2014/765 D. İş sayılı kararı ile *"söz konusu yazıda içeriğe erişim engellenmesi talebinde bulunanın şeref ve haysiyetini ihlal edici içerik bulunmadığı gibi arşiv niteliğindeki haberin yayınlandığı tarihte görünür gerçekliğe uygun olduğu anlaşılmakla İstanbul 5'inci Sulh Ceza Mahkemesi'nce verilmiş olan "içeriğe erişimin engellenmesi talebinin kabulü" kararına yapılan itirazın kabulüne, kararın kaldırılmasına"* kararını vermiştir.

Kararın yorumlanmasına geçmeden önce, basının haber verme hakkının sınırlarına ilişkin Yargıtay kararlarındaki örneklere değinmekte yarar görmekteyiz.

Yargıtay HGK, basının haber verme özgürlüğünün kullanılmasında, haberin gerçeği yansıtmasının, güncelliğinin ve gerçekliğinin yanı sıra haberin veriliş biçimi ile haberde kullanılan dilin de önemli olduğunu, bu ölçütlere uyulmadan verilecek olan haber nedeniyle basının haber verme hakkının korunmayacağını ifade etmektedir. Kararda özetle: [(Yargıtay HGK'nun 07.07.2010 T., 2010/4-377 E., 2010/365 K. sayılı kararı http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (Erişim Tarihi: 21.02.2014)]

> *"Basının haber verme fonksiyonunu yerine getirirken kullanacağı hakkın, özel hukuk alanında sınırı; gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kuralları ile çizilmiş ve belirlenmiştir. Hemen belirtelim ki bu koşullardan biri dahi bulunmazsa, yayım hukuka aykırı duruma düşer ve üstün görülüp korunamaz.*
>
> *Diğer taraftan, şeref ve haysiyet veya özel yaşama (kişilik haklarına) saldırı niteliğindeki gerçek dışı olayların açıklanması hiçbir zaman hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Tamamen gerçek dışı yayımlar daima hukuka aykırı olduğundan; ne düşünce nede basın özgürlüğü ile bağdaştırmak mümkün değildir."*

denmektedir. [*"Şeref ve haysiyet, kişilerin toplum içindeki hâl ve davranışları ve yaşam tarzlarına göre toplum tarafından kendilerine biçilen değerdir. Başka bir deyişle, bir kimsenin gerek özel, gerek mesleki yaşam biçimi itibarıyle toplumda kazanmış olduğu itibar, erişmiş olduğu saygınlıktır."* (Akipek/ Akıntürk/ Karaman, 2011, 385). *"Kişinin haysiyeti ve şerefi (onuru) de genel kişilik hakkının kapsamı içindedir. Şeref ve haysiyet kişinin insan olmak sıfatıyla sahip olduğu değerler olarak kabul edilmektedir*." (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 133). *"Kişilik hakkı kapsamında önemli bir kişisel değer olarak karşımıza çıkan şeref ve haysiyet kavramı, kişiye toplum tarafından verilen manevi değerlerin tümünü ifade etmektedir….Şeref ve haysiyet ihlali gerçek kişiler için söz konusu olduğu kadar, tüzel kişiler için de geçerlidir. Şeref ve haysiyet ihlali söz, yazı veya resimlerle meydana gelebilir. Burada önemli olan kullanılan kelimelerin içerdiği anlamın iyi saptanmasıdır. Bu saptama yapılırken orta seviyeli, makul bir insanın, özel bilgi gereksinmeksizin kelimeler vereceği anlam esas alınır."* (Özel, 2004, 35-36) *"Şeref ve haysiyetin korunması çoğu kez korunan başka bir yarar(menfaat) ile çatışma halindedir: İfade özgürlüğü"* (Özel, 2004, 40)]

Yargıtay CGK, 24.02.1998 T., 1997/4-386 E., 1997/52 K. sayılı kararında basının haber verme hakkını (basın özgürlüğünün sınırlarını) şöyle özetlemektedir:

> *"Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk halleri, temelini Anayasanın 28 ve devamı maddelerinden alan haber verme ve eleştirme hakları ile mağdurun rızasıdır. Haber verme eleştirme hakkının kabulü için, açıklama veya eleştiriye konu olan haberin, gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekliyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması gerekir. Haberde veya yazıda adı geçenler hakkında, küçültücü sözler kullanılmamalıdır. Bu öğelerden birisinin dahi bulunmaması halinde haber verme ve eleştiri hakkından söz edilemeyecek, eylem hukuka aykırı olacaktır."* [Yargıtay CGK'nun, 24.02.1998 T., 1997/4-386 E., 1997/52 K. sayılı kararı

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (Erişim Tarihi: 27.02.2014)]

Yargıtay CGK, 30.04.2002 T., 2002/4-108 E., 2002/235 K. sayılı başka bir kararında düşünce özgürlüğünün ve eleştirinin toplumsal ilerleme için zorunlu olduğunu, basının haber verme hakkı bakımından yapılacak değerlendirmede, bir haberin eleştiri hakkı (ve basın özgürlüğü) kapsamında sayılıp sayılmayacağının tespiti için haberin veriliş biçiminin yanı sıra, güncellik taşıması ve haberin verilmesinde kamu yararının bulunması gerektiğini şöyle özetlemektedir:

> *"Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk halleri, haber verme ve eleştirme hakkı ile mağdurun rızasıdır. Temelini Anayasanın 28 ve devamı maddelerinden alan haber verme ve eleştirme hakkının kabulü için, açıklama veya eleştiriye konu olan haberin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulunması, açıklanış şekliyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması gerekir. Düşünce özgürlüğü ve dolayısıyla eleştiri, demokratik top-lumlarda vazgeçilmez bir haktır. Toplumun ilerlemesi ve yararı için zorunludur. Ancak, eleştiri hak ve görevi kötüye kullanılmamalı, yazıda küçültücü, incitici, abartılı sözlerden kaçınılmalıdır. Sayılan öğelerden birisinin olmaması halinde, haber verme ve eleştiri hakkından söz edilemeyecek, eylem hukuka aykırı olacaktır."* [Yargıtay CGK'nun, 30.04.2002 T., 2002/4-108 E., 2002/235 K. sayılı kararı http://www. kazanci.com /kho2/ibb/ giris.htm (Erişim Tarihi: 27.02.2014)]

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın ceza daireleri de ifade ve basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında, hukuk dairelerine benzer ölçütler geliştirmişlerdir. Buna göre bir haberin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için, açıklama veya eleştiriye konu olan haberin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulunması, haberin sunuluş biçimiyle kişilik haklarının ihlal edilmemesi gerekmektedir.

Bu cümleden olarak, İstanbul 2'nci Asliye Ceza Ceza Mahkemesi 03.06.2014 T., 2014/765 D. İş sayılı kararının, İnternet sitesinin arşiv kısmında bulunmasının da haberin veriliş tarzının kişi onuruna aykırılık taşımaması

(orantılılık) ilkesi ile bağdaştığı yönünde mahkemede bir kanaat uyandırdığını söylemek mümkündür. Bu çıkarımlardan hareketle, itiraz merciinin Yargıtay'ın ve AİHM'in basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında aranan temel koşullara (gerçeklik, güncellik, kamu yararı ve orantılılık) uyduğunu söylemek mümkündür.

Karardaki dikkat çekici diğer önemli husus, arşiv niteliğindeki bir haberin yayınladığı tarihte görünür gerçekliğe uygun olduğunun anlaşılmasının itirazın kabulü nedeni olarak belirtilmiş olmasıdır. Öyleyse, haberin gerçekliği, güncelliği itiraz mercii tarafından araştırılmış ve adı geçen haberin görünür gerçekliğe uygun olduğu için "güncel" olduğuna hükmedilmiştir.

Tam aksi bir yorum ise CHP Milletvekili Mahmut Tanal'ın "Lazika İslam Emirliği Örgütü Lideri Erdoğan'ın kızı Sümeyye Erdoğan'a evlenme teklif etti" şeklindeki soru önergesini haberleştiren, aralarında Sözcü, Today's Zaman, Rota Haber, Karşı Gazete gibi haber nitelikli İnternet siteleri ile Ekşisözlük ve Twitter üzerindeki konu hakkındaki paylaşımların da bulunduğu 238 adet URL'ye aynı anda ve tek bir kararla erişim engeli koyan İstanbul 1'inci Sulh Ceza Hakimliği tarafından yapılmıştır.

Karar, *"Terör örgütü yöneticisi olarak bilinen bir kişinin evlilik teklif ettiği, bunun da iktidardaki siyasi parti ile terör örgütünün yakınlık ilişkisini gösterdiğinin belirtildiği, haber içeriğinin görünürde gerçeklik ilkesine aykırı olup bu haber yoluyla siyasi bir parti ile yasadışı silahlı terör örgütü arasında bağ olduğu algısının oluşturulduğu, haber içeriğinin talep edenin kişilik haklarına ağır ve haksız bir saldırı niteliğinde bulunduğu"* gerekçesiyle alınmıştır. [http://haber.sol.org.tr/turkiye/mahkemeden-sumeyye-erdogana-evlenme-teklifi-karari-238-siteye-erisim-engellendi-127671 (Erişim Tarihi: 31.08.2015)]

Yerel mahkeme kararında, haberin gerçekliğini ve güncelliğini tartışmış değildir. Yine haberin açıklanmasında kamu yararı olup olmadığını da gerekçesine koymuş değildir. Üstelik, verilen haber bir milletvekilinin soru önergesine ilişkindir. Soru önergesinin gerçek olup olmadığı konusunda bir

kuşku da yoktur. Haberde bu nedenle, adı geçen kişinin kişilik haklarına yönelik bir saldırıdan bahsedilmesi mümkün değildir. Bir soru önergesinin haberleştirilmesi kanaatimizce basın özgürlüğü kapsamında olmalıdır. Soru önergesinin haber değeri olduğu kuşkusuzdur. Karar, bu yönleriyle hukuka aykırıdır.

Diğer yandan, yayın kaldırma üzerine sulh ceza hakimlikleri tarafından itiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, kararlar yayınlanmadığı için konu hakkında Yargıtay'ın nasıl karar vereceğini bilmek mümkün değildir. Bunun için ancak CMK'nın 309'uncu maddesi gereğince kanun yararına bozma yoluyla dosyanın Yargıtay' a taşınması talep edilebilir. [Nitekim Prof. Dr Kemal Gözler tarafından, Ankara 21. Sulh Ceza Mahkemesinin 16.01.2014 tarih ve 2014/32 Değişik İş sayılı, 5651 Sayılı Kanun'un (değişiklik öncesi) 9'uncu maddesine dayanılarak verilen ve "Örnekleriyle Usulsuz Alıntı Sorunu" adlı kitabın İnternet sürümünde S.Ö'nün doktora tezinin Ö.A'dan intihal olduğu yönündeki iddialardan ötürü verilen *"S.Ö hakkında www.anayasa.gen.tr, www.idare.gen.tr ve books.google.com internet sitelerinde bulunan yazı içeriklerinin ... yayından kaldırılmasına"* yönündeki karara karşı yapılan itirazın Ankara 25'inci Asliye Ceza Mahkemesi'nin 10.03.2014 T ve 2014/103 D.İş sayılı kararıyla reddedilmesi üzerine 10 Nisan 2014 tarihinde kanun yararına bozma talep edilmiştir. (Dilekçede tarafların adı açıkça yazmasına rağmen, burada paylaşılmamıştır.) Kanun yararına bozma talebi Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 27.05.2014 T. ve 94660652-105-06-5167-2014-10587/36661 Sayılı yazısı ile reddedilmiştir. Yazıya göre, adı geçen karara karşı Adalet Bakanlığı tarafından kanun yararına bozma talebinde bulunulmamıştır. (Bilgi ve belge Prof Dr Kemal Gözler'den temin edilmiş olup, yayınlanmamıştır.)]

İçeriğe erişimin engellenmesine ilişkin uygulamanın ve açıklamaların daha iyi anlaşılması için Türkiye'deki mevzuatın erişim engelleme açısından hangi yöntemlere izin verdiğinin bilinmesinde yarar bulunmaktadır.

Türkiye'deki mevzuat erişimi engellemek için iki yönteme izin vermektedir. Bunlar alan adı ve IP tabanlı engellemedir. (Akgül, 2008, 368).

Bu iki yönteme ek olarak 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerine 6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle eklenen 4 numaralı fıkra, URL tabanlı engelleme olanağı tanımıştır.

Alan adı tabanlı yasaklama söz konusu olduğunda, yasaklanmak istenen web sitesinin adı yasaklandığı için, o sitenin altında bulunan tüm web siteleri de yasağa maruz kalmaktadır. Bu yöntem, biraz yukarıda eleştirilen haksızlıklara yol açmaktadır. Ayrıca bu yöntemin uygulanması üzerine alan adı sistemine yapılan müdahale sonucunda o alan adını içeren e-posta adreslerinin Türkiye ile tüm bağlantısı da koparılmış olmaktadır. Zira bu yöntemin uygulanması ile, deyimi yerindeyse, aynı işyerinde yer alan birçok dükkana giriş de yasaklanmış olmaktadır. (www.wordpress.com adlı web sitesine konan erişim yasağı bu türden bir yasaktır.)

Türkiye'de yaygın olarak uygulanan diğer bir yöntem ise IP numarasını yasaklamaktır. (Erişim engelleme yöntemleri hakkında geniş bilgi için bkz Söyler, 2013, 215, 216). Bu yöntem uygulandığında, yasaklanan IP numarasına ulaşan tüm talepler "çöpe" atıldığı için yasaklanan web sitesine ulaşmak isteyen kişiler ekranlarında *"Bu siteye erişim yasaklanmıştır"* şeklinde bir uyarı görmektedirler. Böylece, bir IP üzerinde koca bir iş merkezinin olduğu düşünüldüğünde, yasaklanmak istenen dükkanın IP'si, o iş merkezindeki aynı IP'yi kullanan bütün dükkanların yasaklanması ile sonuçlanmaktadır. (Akgül, 2008, 368). Uygulanan bu iki yöntemde, ilk verilen erişim yasağı kararının hukuka uygun olduğu kabul edilse dahi, bu karardan ötürü başka İnternet sitelerine konan yasaklar nedeniyle hem bunlardan yararlanmak isteyen kişilerin haklarına engel olunmakta hem de deyimi yerindeyse, bir kitaptaki tek bir sayfada yer alan bir ifade nedeniyle, bu deyimi veya ifadeyi kitaptan çıkartmak yerine tüm kitabı yasaklama gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. (Akgül, 2008, 371)

Bu sakıncalardan ötürü, en etkili alan adı yasaklama yöntemlerinden birisi nesne temelli yasaklama yöntemidir. Ancak bu yöntem, niteliği itibarıyla ciddi bir araştırma ve altyapı çalışmasını gerektirmektedir. Çünkü, bu yöntemle erişim yasağı konabilmesi için, web sitesi üzerindeki tüm içerikler taranmalı ve

yalnızca hukuka aykırılık taşıyan içerik için erişim yasağı kararı verilmelidir. (Akgül, 2008, 369)

İnternet'e erişim yasağı uygulama yöntemlerinden diğer bazıları ise engellemenin kapsamına göre İnternet servis sağlayıcı temelli engelleme, İnternet omurgası temelli engelleme; engelleme sürecine göre doğrudan engelleme, uyar-kaldır yöntemiyle engelleme; engelleme süresine göre geçici veya kalıcı engelleme; engelleme sistemine göre otomatik veya bireysel engelleme; kullanılan tekniğe göre IP, DNS, URL, proxy, içerik engellemesi, DDOS atakları, alan adı terkin yöntemi, fiziksel sunucu müdahalesi, ağ atakları ve sosyal teknikler olarak tasnif edilebilir. [DNS veya IP tabanlı engellemede, bir sunucu birden fazla web sitesini barındırmaktaysa, herhangi bir web sitesine konan erişim yasağı, diğer tüm web sitelerini de etkilediği için cezaların kişiselliği ve orantılılık ilkesine aykırılık ortaya çıkmaktadır. (Avcı, 2013, 335; Geniş açıklama için bkz Kaya, 2010, 21-41)]

Engellemenin kesin ve etkin bir çözüm olmadığı, değişik engelleme aşma yöntemleri ve birazcık İnternet bilgisi ile İnternet'e konan erişim engellerinin rahatlıkla aşılabileceği de bilinmelidir. [Engel aşma yöntemlerinden birisi de yasaklı sitelere erişim sağlamaya yarayan bazı İnternet siteleridir. Ne var ki bunlardan biri olan "ktunell" adlı siteye Batman 2. Sulh ceza Mahkemesi tarafından 8.11.2013 T. 2013/1346 sayılı kararı ile erişim yasağı konmuştur. (http://sozcu.com.tr/2013/teknoloji/yasakli-sitelere-giris-yolu-kapandi-423020/) (Erişim Tarihi:3.7.2014) "Özgür Gündem" adlı İnternet sitesi her kapatıldığında farklı bir alan adıyla yeniden açılmış; bu şekilde adı geçen site sekiz ayrı adla faaliyetine devam etmiştir. (Akdeniz, 2010, 398). Akgül, 2008, 370; Söyler, 2013,252]. Öte yandan, İnternet sitelerine konan erişim yasakları ile sadece Türkiye'den o İnternet sitesine erişim engellenmekte, dünyanın diğer ülkelerinden ise söz konusu içeriğe ulaşılabilmektedir. Şu halde, aslında konan erişim yasaklarının sadece Türk kullanıcısını cezalandırdığını ifade etmek yanlış bir değerlendirme olmaz. [Akdeniz, 2011, Söyleşi, (http://www.turk-İnternet. com/portal/yazigoster. php ?yaziid=33216 (Erişim Tarihi: 15.03.2014)] Bu nedenle, örneğin bir web

sitesine Atatürk aleyhine yapılan yayından ötürü erişim engeli konması durumunda bu videoya yurt dışından ulaşılabilmesi söz konusu olduğundan Türk insanının Atatürk'ü savunma hakkı da elinden alındığı gibi, adı geçen İnternet sitesinin Atatürk aleyhinde propaganda yapmasının önünü almak da mümkün olmamaktadır. (Akgül, 2008, 371)

Nitekim "Google", firefox ve chrome tarayıcıları ile çalışabilen u-proxy adlı sistemi devreye sokmaya hazırlanmaktadır. Sistem, yasaklı bir İnternet sitesine erişmeye çalışan bir kullanıcıya, kullanıcının firefox ve chrome tarayıcılarına kurulabilen ücretsiz bir eklentiyi yüklemesi üzerine, kendi bilgisayarını açan ve ülkesinde söz konusu web sitelerine erişim yasağı uygulanmayan, "kardeş kullanıcı" aracılığı ile erişim sağlaması esasına dayanmaktadır. Bu yönüyle sistemin, İnternet'in önündeki tüm engelleri kaldıracağı öne sürülebilir. [http://www.odatv.com/n.php?n=yasaklar-uproxy-sistemiyle-delinecek-1003141200 (Erişim Tarihi: 10.03.2014).Google, İnternet'in insanlığın ortak mirası olduğu düşüncesiyle, Firefox ve Chrome tarayıcıları ile uyumlu çalışabilen tamamen ücretsiz bir "sansür önleme uygulaması"nı piyasaya sürmeye hazırlanmaktadır. "U-Proxy" olarak adlandırılan bu uygulama ile İnternet kullanıcıları ABD veya Avrupa'da yaşayan arkadaşlarının İnternet sunucularına bağlanarak sanki o ülkeler üzerinden İnternet'e giriyormuş gibi İnternet'i sınırsız ve sansürsüz olarak kullanabileceklerdir. Uygulamanın "güvenilir" olduğu da düşünülmektedir. Çünkü, herkes ancak kendi arkadaşının sunucusu üzerinden İnternet'e bağlanabilecektir.(http://haber. gazetevatan.com/google-sansuru-bitirecek/608261/1/gundem) (Erişim Tarihi:12.02.2014)]

5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerine 6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle eklenen 4 numaralı fıkra, yalnızca ihlalin bulunduğu içeriğe erişim engeli konması bakımından olumlu olmakla birlikte, 9'uncu maddenin 4'üncü fıkrası URL gibi yöntemlerle içeriğe erişim konmasının ihlali engellemeyeceği yönünde yargıçta bir kanaat uyanırsa, İnternet sitesinin tümüne erişim yasağı konması yönünde yargıca geniş takdir hakkı sağladığı için eleştirilebilir.

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik'in 15/1 maddesinin "ç" bendinde *"URL adresi: http://www.abcd.com/abcdefgh.htm"* şeklinde örneklenen, suça ilişkin bilgilerin bulunduğu tam web adresinin erişim yasağına konu olan kararda belirtileceği; f bendinde ise *"Alan adı veya IP adresi olarak erişim engelleme yöntemi"*nden hangisinin tercih edildiğinin ifade edileceği belirtilmiştir. Yönetmelikte, URL adresinin sadece belirtileceği ifade edilirken, yargıca yalnızca alan adı veya IP bazlı erişim yasağı koyma hakkı tanınmıştır. [Avcı ise "ç" bendindeki ifadeden yola çıkarak, yargıcın yalnızca alt alan adına (URL) dahi erişim yasağı koyabileceğini ifade etmektedir. (Avcı, 2013, 315)]

URL gibi erişim yasağı yöntemlerinin yetersiz kalacağını yargıç hangi ölçüte göre, nasıl takdir edecektir? Yargıcın bir İnternet sitesinin içeriğinin kaldırılmasıyla ihlalin engellenemeyeceği yönündeki teknik değerlendirmeyi yapabilmesi mümkün müdür? Her ne kadar, 8'inci maddenin 15'inci fıkrasına eklenen düzenleme ile soruşturma evresinde 9'uncu maddeye ve 9/A maddelerine göre verilecek olan erişim yasağı kararlarının uzmanlık mahkemeleri (hakimlikler) tarafından verileceği ifade edilmişse de yargıçların, gerektiğinde teknik detaylar için bilirkişiye başvurarak, adı geçen içeriğe (URL vb yöntemlerle) engelleme olanağı bulunup bulunmadığını bilirkişi incelemesine gitmeden tespit ettirmesinin de güç olduğu söylenebilir.

Kararı verecek olan hakim, bu konuda kuşku duyduğunda, temel hak ve özgürlüklerin korunması adına bilirkişi incelemesi istemekten çekinmemelidir. Hele ki bir adliye yargı biriminde bir tane sulh ceza mahkemesi olması durumunda, uzmanlık mahkemesi (hakimliği) uygulaması da olmayacağından, hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmaması için konunun teknik bilirkişilerden alınacak görüşe göre değerlendirilmesi önem taşıyacaktır. Ancak, hakim bu konudaki gerekliliği takdir ederken, kişilik hakkının ihlali ile web sitesinin kapatılmasının doğuracağı sakınca arasındaki dengeyi de takdir ederek karar vermelidir.

21 Mart 2014 günü Twitter adlı web sitesine konan erişim yasağı hakkındaki kararlardan biri 9'uncu maddedeki bu düzenlemeye dayanılarak ve sadece ilgili Twitter hesabının kapatılmasıyla ilgili olduğu halde, TİB "kolay

olanı" seçerek Twitter'ın tümüne erişim yasağı koymuştur. [TİB'in tüm siteye erişim engeli koyması üzerine talepte bulunan kişinin avukatı, kamuoyundan gelen yoğun tepkiyi de gözeterek *"Twitter'ın kapatılması gibi bir talebimiz olmadı. Müvekkilimle özel husumeti olan bir kişi, müvekkilimin adını kullanarak çeşitli sosyal medyada hesaplar oluşturmuş ve bu hesaplara başka yerlerden temin ettiği uygunsuz müstehcen fotoğraflar yüklemiş. Biz de bu sayfaların erişimin engellenmesi için dava açtık. Mahkeme sayfalara erişilmemesine karar verdi. Ancak buna dayanarak twitter ulaşımı tamamen engellenmiş, bizimle doğrudan bir ilişkisi yoktur."* şeklinde açıklama yapmak zorunda kalmıştır. (http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/52775/_Twitter_in_kapatilmasi_gibi_bir_talebimiz_olmadi_.html#) (Erişim Tarihi: 09.04.2014)]

Twitter sonradan AYM'nin 03.04.2014 tarihli RG'de yayınlanan 2.4.2014 T., 2014/3986 Başvuru sayılı kararı ile erişime açılmıştır. Kararın gerekçesinde:

> *"(46). Başvuru konusu olayda TİB'in bazı mahkeme kararlarını gerekçe göstererek Twitter.com İnternet sitesine erişimi engellediği anlaşılmakta ise de dayanak gösterilen kararların incelenmesinden söz konusu kararların sadece belli URL adreslerine erişimin engellenmesine yönelik olduğu, derece mahkemelerince doğrudan Twitter.com İnternet adresine erişimi engellemeye yönelik bir karar alınmadığı anlaşılmaktadır. (48).Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir."* [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c8 3-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi: 16.04.2014)]

denerek TİB'in mahkeme tarafından URL bazlı verilen erişim engeli kararını tüm siteye erişim engeli konacak şekilde uyguladığı ifade edilmiştir. TİB, bununla da yetinmeyerek, adı geçen İnternet sitesine başka yollarla da girildiğini gördüğü için DNS bazlı engellemeye de gittiği yine gerekçeden anlaşılmaktadır:

"(10). TİB, ulaşımı engellenen Twitter.com adresine kullanıcıların DNS ayarlarını değiştirilerek girdiğinin tespit edilmesi üzerine Google DNS adreslerine erişimi engellemiştir."

Anlaşılan odur ki URL bazlı talepler, TİB tarafından IP veya DNS bazlı olarak uygulanmaktadır. Bu durum, hukuka aykırıdır. Zira TİB bu uygulamasıyla hem orantılılık ilkesine aykırı davranmaktadır hem de mahkeme tarafından verilen kararın sınırlarını, "yetkisini aşarak" uygulamaktadır.

Yargıcın bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan ESB'ye gönderilir.

Öte yandan belirtilmelidir ki maddeye dayanılarak verilen kararların ihlale konu olan İnternet sitesinin sahibi tarafından uygulanması için kesinleşmesi gerektiğine ilişkin değişiklikten önceki düzenleme yürürlükten kaldırıldığından, kararların kesinleşmesi beklenmeksizin, derhal uygulanması gerekmektedir. Bu düzenleme, hak ihlaline bir an önce son verilmesi anlamında olumlu olmuştur. İtiraz üzerine, içeriğe erişimin engellenmesine ilişkin karar kaldırılırsa, ortada hukuka aykırı bir işlem olmadığı da anlaşılacağından, daha önce kesinleşmeden kaldırılan içeriğin yeniden yayına alınmasına engel bir durum da olmayacaktır.

Yargıç, bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda yargıç kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

Yasadaki yeni bir diğer düzenleme ise 8'inci fıkradaki *"Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir."* şeklindeki düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, ESB tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen kararın gereğinin en geç dört saat içinde yerine getirileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, eğer karar, ESB tarafından erişim sağlayıcıya gönderilmemiş, sözgelimi TİB tarafından gönderilmişse buradaki dört saatlik kuralın geçerli olmayacağı söylenebilir.

Bir başka yenilik ise 9'uncu madenin 9'uncu fıkrası ile getirilmiştir. Buna göre; *"Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka İnternet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır."*

Maddedeki düzenlemeye göre, bir İnternet sitesindeki içerikle ilgili ihlal kararı alındığında, ihlale konu olan yayının veya aynı içerikteki yayının başka bir İnternet sitesinde de yayınlandığı anlaşılırsa, mağdur olan kişinin ESB'ye başvurması durumunda, kararın diğer İnternet siteleri hakkında da uygulanacağı ifade edilmiştir.

Düzenlemeye getirilebilecek ilk eleştiri, belli bir İnternet sitesi için alınmış olan kararın, başkaca herhangi bir karar almadan diğer bir site için de kendiliğinden uygulanmasıdır ki bu durum hem mahkeme kararlarının yalnızca taraflara etkili olması ilkesi ile hem de suçta ve cezada kişisellik ilkesi ile bağdaşık görünmemektedir.

Diğer eleştiri ise, alınan bir mahkeme kararına konu içerikle aynı olmayıp da benzeri içerik taşıyan diğer İnternet siteleri için de bu kararın uygulanacak olmasıdır ki benzerlik hangi ölçüte göre takdir edilecektir? Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla benzerliğin takdirini hakim değil, mağdur olan kişi yapacaktır.

Keza yine başvurucunun benzerlik takdire göre örnek karar ESB'ye gönderilecek ve yargısal nitelik taşımayan ESB, benzerlik olduğuna karar vererek, kararın kendiliğinden başka bir içerik hakkında da uygulanmasını sağlayacaktır. Bu karara dayanılarak, içerik kaldırılan İnternet sitesi sahibi özel hukuk tüzel kişisi olan ESB'nin işlemine karşı nerede dava açacaktır?

Diğer yandan, benzerlik ölçütündeki belirsizlik, bir yerel mahkeme kararının sadece CMK'daki yetki sınırları içinde uygulanmayıp tüm Türkiye'de kendiliğinden uygulanması gibi tehlikeli bir sonuç doğurabileceği gibi önemli hak yitimlerine ve haksızlıklara da yol açabilecektir.

Sulh ceza yargıcının kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Düzenleme ile adli para cezası yaptırımı getirilmiş olması olumlu olmuştur. Zira, Basın Kanunu'nun 18'inci maddesinde de cevap ve düzeltme hakkının uygulanmaması durumunda para cezası verilmesi söz konusuyken, değişiklikten önceki metinde kararı uygulamayan İnternet sitesi sorumlusu hakkında hapis cezasına hükmedilmesi, benzeri içerik taşıyan iki suçun farklı yaptırımlara tabi tutulması gibi bir sonucu ortaya çıkarmaktaydı. (Avcı, 2013, 329). Düzenleme ile bu anlamdaki eşitsizliğe ve çelişkiye son verildiği görülmektedir.

2.6.3. 9/A Maddesinin Değerlendirilmesi

5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesine, 6518 Sayılı Kanun'un 94'üncü maddesi ile 9/A maddesi eklenmiştir. Yasada, hukuki açıdan en çok tartışmaya yol açabilecek olan düzenlemelerden birinin 9/A maddesi olduğu söylenebilir. 5651 Sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesi de özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi üzerine izlenecek yöntem düzenlenmiştir.

Tartışma, maddenin başlığı ile başlamaktadır. Maddenin başlığı *"özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi"* dir. Maddenin ilk fıkrası, tartışmayı perçinler niteliktedir. Buna göre, İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, TİB'e doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilirler. Yapılan bu istekte, hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi yönlerden hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilmesi gerekmektedir. Bu bilgilerde eksiklik olması durumunda ise talep işleme konulmaz.

Tartışmalı ve içeriği belirsiz olan "özel hayat" kavramına dayanılarak, üstelik de yargıç kararı olmadan, idari bir makamın takdiri ile bir web sitesine erişim yasağı konması hem yargı yetkisinin gaspıdır hem de kişilerin haber

alma/verme hakkını da engelleyebilecek bir düzenleme oluşu yönüyle sakıncalıdır.

Maddenin 3'üncü fıkrasına göre TİB, bu yöndeki bir talebi ESB'ye bildirir. ESB tarafından erişim sağlayıcılara bildirimde bulunduğunda, erişim sağlayıcı 4 saat içinde kararın gereğini yerine getirir.

Bu fıkradaki düzenleme bakımından da erişim sağlayıcı açısından yargıç kararı olmadan uygulama söz konusudur. ESB, adeta mahkeme yerine geçerek yetkisini kullanmaktadır. Düzenleme "keyfiliğe" kayabilir. Hukuk devletinde ise "keyfilik" kabul edilemez. Düzenlemenin bu yönüyle Anayasa'nın 9'uncu maddesine de aykırılık taşıdığı ifade edilebilir. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişiliği olarak yapılan ESB'nin kararına karşı ise hangi mahkemeye dava açılacağı yönündeki kaygı bu durum bakımından da geçerlidir.

Maddenin 4'üncü fıkrasına göre, erişimin engellenmesi, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.

Belirtilen yöntemin uygulanması teknik olarak oldukça güçtür. Bu nedenle, yukarıda da belirtildiği üzere, uygulamada adı geçen yöntemin IP veya domain bazlı engellemeye dönüşme tehlikesi bulunmaktadır.

5'inci fıkradaki düzenlemede ise, TİB'in erişim yasağı kararının sonradan yargıç onayına sunulacağı *"Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar."* denerek ifade edilmekte ise de, TİB İnternet sitesine erişim yasağı koyduktan sonra (yani İnternet sitesi kapatıldıktan sonra, en geç 24 saat içinde) yargıç onayı şartı getirilmiştir. Yargıcın, TİB'in kararını 48 saat içinde onaylamaması durumunda erişim yasağı kararı kendiliğinden kalkacaktır.

5’inci fıkrada eleştirilebilecek diğer husus ise, erişimin engellenmesine ilişkin taleplerini, “talep eden kişilerin” yargıç onayına sunacak olmasıdır.

Talep eden kişilerin, taleplerini yirmi dört saat içinde yargıç onayına sunmamalarının yaptırımı yasada düzenlenmiş değildir. Düzenlemede, talep edenlerin taleplerini yargıç onayına sunmasından sonra yargıcın en geç kırk sekiz saat içinde kararı açıklamaması yaptırıma bağlanmıştır. Bu nedenle, yirmi dört saat içinde, talep eden kişiler tarafından talepleri yargıç onayına sunulmazsa, maddenin 4’üncü fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararının-hukuka aykırı da olsa- uygulanmasına devam edilmesi tehlikesi bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki TİB’in itirazı, yargıç tarafından içeriğe erişim engeli kararının kaldırılması veya onaylanması olasılığında geçerlidir. Yirmi dört saat içinde onaya sunulmaması durumunda ise TİB’in veya İnternet sitesi sahibinin başvurabileceği hukuki yol yoktur.

Bu sakıncanın önlenmesi adına yirmi dört saat içinde başvurunun talep eden kişiler tarafından yargıç onayına sunulmaması olasılığına karşı, talebin TİB tarafından kendiliğinden yargıç onayına sunulması yönünde bir düzenlemeye gidilmesi veya talebin yirmi dört saat içerisinde onaya sunulmaması durumunda içeriğe erişim engeli konması yönünde alınan kararın kendiliğinden geçersiz kalacağına ilişkin yapılacak bir düzenleme, doğabilecek hukuki boşluğun önlenmesi adına önerilebilir.

Bu düzenlemeden ötürü ciddi hak kayıplarının ve önemli mağduriyetlerin yaşanabileceği söylenebilir. Yargıcın vereceği bu karara karşı ise TİB itiraz edebilir. Karara karşı mağdurun (başvurucunun) veya İnternet sitesi sahibinin itiraz edebileceği ise kanunda düzenlenmiş değildir. Özellikle de yargıcın kararı onaylaması üzerine TİB’in itiraz etmesi ile kararın kaldırılması durumunda başvurucunun mağduriyeti gündeme gelebilecektir. Tersi durumda ise, İnternet sitesi sahibi itiraz hakkından yoksun bırakılmaktadır. Bu durumun AİHS’nin 6’ncı maddesindeki hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle, fıkranın TİB’in yanı sıra mağdurun ve İnternet sitesi sahibinin de itiraz edebileceği şeklinde düzenlenmesi yerinde olur. Bunun sağlanması için de 6’ncı fıkradaki “Başkanlık tarafından” ifadesinin metinden kaldırılması yeterli olacaktır.

Erişimin engellenmesine konu olan içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda erişimin engellenmesine ilişkin kararın geçerliliği kalmayacaktır.

Daha önce de ifade edildiği gibi, 9'uncu maddenin yanı sıra 9/A maddesi ile de hukumuza yeni bir erişim yasağı gerekçesi eklenmiştir. Buna göre, artık özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilmesi gerekçe gösterilerek de hem de yargıç kararına gerek olmaksızın İnternet sitelerine erişim yasağı konabilecektir.

Maddenin 8'inci fıkrasında özel yaşamın gizliliği kapsamında, gecikmede sakınca bulunan durumlar söz konusu ise İnternet sitelerine doğrudan Başkan'ın emri ile erişim engeli konabileceği *"Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir."*şeklinde ifade edilmiştir.

Adı geçen düzenlemenin birkaç açıdan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı söylenebilir. İlkin, maddede belirtilen özel hayatın gizliliği konusundaki gecikme sakıncası hangi ölçüte göre takdir edilecektir? Gecikmede sakınca bulunması durumu yasada tanımlanmış değildir. Ayrıca, bu ölçüt hukukçular tarafından dahi güçlükle takdir edilmekte ve uygulamada pek çok sıkıntıya yol açmaktadır. Durum böyleyken, hukukçu olması gerekmeyen (hatta hukukçu olmayan) ve idarenin denetimiyle gözetimi altında bulunan TİB Başkanı, özel yaşamın gizliliğinin ihlalinde gecikme sakıncası olduğunu nasıl takdir edecektir?

Daha önce ilgili kısımda da irdelendiği üzere, TİB yapısından ötürü bir idari kuruluştur. TİB, BTK'ya bağlıdır. BTK'nın başkanını da Bakanlar Kurulu atadığı için, deyimi yerindeyse hükümetin "beğenmediği" bir web sitesi özel hayatın gizliliği gerekçesi ile erişime kapatılabilecektir. ["*Ulaştırma Bakanı Lütfi Elvan, sadece özel hayatın gizliliği ihlal edildiğinde yargı kararı olmadan erişim yasağı konabileceğini ifade etmiş ve verecekleri önergelerle bakana verilen yetkinin kaldırılacağını söyleyen Elvan "Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ifadesi çok geniş. O kalkacak. Sadece özel hayatın gizliliği söz konusu olduğunda bu durum söz konusu olacak. Önergeler verile*

cek" dedi." http:// www.odatv.com/n.php?n=tek-bir-sartla-İnternete-sans ur-uygulanacak-1501141200 (Erişim Tarihi: 10. 03.2014)]. Bu da site kapatmada siyasi eğilimlerin ön plana çıkabilme riskini ortaya koymaktadır. Ayrıca, TİB Başkanı'nın yani "bir kişinin emri" ile web siteleri kapatılabilecektir. Bir hukuk devletinde bir kişinin emri ile İnternet sitelerinin kapatılması kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.

Fıkranın son cümlesindeki *"Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir."* şeklindeki düzenleme 26.2.2014 tarih ve 6527 Sayılı Kanun'un 18'inci maddesi ile kaldırılmış, bu cümlenin yerine aynı yasanın aynı maddesi ile konulan 9'uncu fıkra ile itiraz yolu "*Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."* şeklinde düzenlenmiştir.

Şu halde, TİB Başkanı tarafından belirtilen şekilde verilecek olan erişim yasağı kararı TİB tarafından, 24 saat içinde sulh ceza yargıcının onayına sunulacak, sulh ceza yargıcı ise kararını 48 saat içinde açıklayacaktır. Ne var ki yasada, yargıcın kararını 48 saat içinde açıklamaması veya kararın 24 saat içinde yargıç onayına sunulmaması durumunda kararın akıbetinin ne olacağı düzenlenmiş değildir. Başka bir söyleyişle, erişim yasağı kararı TİB tarafından 24 saat içinde yargıç onayına sunulmaz ya da sunulsa bile yargıç tarafından bu karar 48 saat içinde onaylanmazsa kararın geçersiz kalacağına ilişkin maddenin 5'inci fıkrasındakine benzer bir düzenleme getirilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Şu durumda, erişim yasağı kararının maddenin 5'inci fıkrasındaki durumun aksine, 48 saatin sonunda yargıç tarafından onaylanmasa bile geçerli olma tehlikesi söz konusu olabilir. Çözüm, 5'inci fıkranın son cümlesindeki *"aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar."* şeklindeki düzenlemenin son fıkra bakımından da kıyasen uygulanması ya da ilgili fıkraya benzeri bir cümlenin eklenmesidir.

Diğer yandan, 9'uncu fıkradaki kurala göre, TİB'in verdiği karara karşı sulh ceza mahkemesine gidilse dahi, yargıca gidiş süresi olan 24 saatin üzerine

yargıcın en geç 48 saat içinde karar verecek oluşu da gözetildiğinde, ihlale konu olan İnternet sitesinin hukuka aykırı olarak en az 72 saat kapalı kalma tehlikesi de ortaya çıkmaktadır. 5'inci fıkradaki gibi bir düzenleme de olmadığı için, 72 saatin sonunda adı geçen İnternet sitesinin açılmama olasılığı da bulunmaktadır. Bu nedenle, fıkradaki düzenlemenin, aynı maddenin 5'inci fıkrasındaki düzenleme ile karşılaştırıldığında, yargıcın 48 saatten sonra (veya 48 saat içinde) karar vermemesi durumunda İnternet sitesinin kendiliğinden açılmasına olanak tanımamasından dolayı ifade özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde sınırlandırılması gibi olumsuz sonuca yol açması imkân dahilindedir.

Düzenlemenin eleştirilebilecek başka bir yönü ise, idari bir makam olan TİB kararına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilecek olmasıdır. Sulh ceza mahkemesine itiraz edilmesi, idare mahkemelerinin yavaş çalıştığı gözetildiğinde bir "teminat" gibi görünebilir. Keza 8'inci maddenin 15'inci fıkrası gereğince, bu konudaki kararlar özel kurulacak olan uzmanlık sulh ceza mahkemeleri (hakimlik) tarafından verilecektir. Ne var ki TİB'in idari makam oluşu da gözetildiğinde, aslında olması gereken hukuk açısından itirazın idari yargıya yapılması gerektiği de savunulabilir.

Daha önce II'nci Bölüm'ün 2.5.2.1 başlığında AYM'nin, Kabahatler Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığını görüştüğü 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararındaki gerekçeyi özetlemiş ve AYM'nin bir idari makamın kararına/işlemine karşı sulh ceza mahkemesine yasa yolu olanağı tanınmasını, "haklı neden" ve "kamu yararı" olması durumunda "kabul edilebilir" bulduğunu ifade etmiştik. [http://www.kararlaryeni. anayasa. gov. tr /Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731?excludeGerekce= False&wordsOnly=False AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:12.08.2015)]

Ayrıca, yine aynı kısımda da belirttiğimiz üzere, yasal düzenleme AYM'nin bakış açısıyla ele alındığında, sulh ceza mahkemelerinin (hakimliklerinin) idare mahkemelerine göre yaygın oluşu ve başvuru sürecindeki kolaylık, işleyişindeki sürat, TİB'in bu yöndeki kararına karşı sulh ceza mahkemelerine (hakimlik) itiraz olanağı tanınması, hak aramanın kolaylaştırılması bakımından isabetli olmuştur.

Ancak, AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı Kabahatler Kanunu'nun iptaline dair kararında belirttiği, idari makamın kararına karşı sulh ceza mahkemelerine itiraz edilebileceğine, zira sulh ceza mahkemelerinin yaygın olmasından ötürü bireylerin hak arama özgürlüklerinin daha rahat şekilde kullanılabileceğine, yapılan idari işlemin kamu yararına dayandığına dair gerekçesine ilişkin eleştirilerimize göndermede bulunuyoruz. [http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731 ?exclude Gerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:12.08.2015)] Keza, aynı kararın idari yargı ile adli yargı arasında farklılık olduğu ve bu nedenle her iki yargı kolunun ayrı ayrı gereklilik taşıdığı yönündeki aynı kararın devamındaki çelişkiyi gerekçeyi de hatırlatıyor ve aynı yöndeki eleştirilerin bu madde için de geçerli olabileceğini düşünüyoruz.

2.6.4. Unutulma Hakkına İlişkin Değerlendirme

Konuyla bağlantılı olduğunu düşündüğümüz için genellikle AB'de uygulama alanı bulan "unutulma hakkı" (silme hakkı) kavramından da bahsetmekte yarar görüyoruz. (Unutulma hakkı Arjantin'de de uygulanmaktadır. Yavuz, 2015, 251-254; Kamuoyunda "unutulma hakkı" olarak bilinen kavramın Avrupa Parlamentosu tarafından "silme hakkı" olarak adlandırılması önerilmektedir. Can, 2015,250, dipnot 2)

Unutulma hakkı, özetle arama motorlarından kişisel veya özel bilgilerin çıkarılması için bireylere verilen bir haktır. (Can, 2015,279) Bu hak ile gerçek kişi olan İnternet kullancıları AB vatandaşı olmak (veya AB sınırları dahilinde yaşıyor olmak) koşuluyla, kendi adlarına veya bir temsilci (yasal vekil) aracılığıyla, kişilik haklarının ihlal edildiğini düşündükleri yazılı yahut görsel içeriklerin çıkarılması için arama motorlarına başvuruda bulunma hakkına sahiptir. [Can, 2015,279. ABAD'ın 2014 kararlarının ortaya çıkardığı sorunların tartışıldığı, Berkman İnternet ve Toplum Merkezi'nin ev sahipliğinde görülen, 5 Ağustos 2015 tarihli seminerde, unutulma hakkının bu uygulanış biçiminin "kötünün iyisi" bir çözüm olduğu, bu çözüm yöntemine göre Google'ın aslında talepleri reddetmesi durumunda AB veri koruma

birimleri tarafından haksız cezalara da maruz kalabildiği, bu nedenle de Google'ın doğruluğundan emin olmadığı talepler hakkında arama motorlarından çıkarmak yerine içeriği aramalarda alt sıralara atmayı yeğlediğini; bunun ise kişisel verilere ulaşmak anlamında özellikle büyük şirketler adına birçok veriye sahip olma riskini de beraberinde getirdiği; zira şirketlerin kişilerin sahip olamayacağı bilgilere sahip olabileceği; Google'ın unutulma hakkı bakımında tekel olmasının da özellikle veri gizliliği anlamında sorunları arttığı belirtilmiştir. Çözüm olarak da artan sorunların mahkemeye aktarılmasının engellenmesi adına hükümet tarafından ihtilafların çözümü için, temyiz mercii gibi çalışan bir teşkilatlanma kurması önerilmiş ve bu teşkilatmanın kurulması içinse bir yıllık geçiş süreci toplantıya konuşmacı olarak davet edilen Prof Dr Jonathan Zittrain tarafından önerilmiştir. . http://today.law.harvard.edu/when-forgetting-isnt-best-zittrain-discusses-the-right-to-be-forgotten/ (Erişim Tarihi:03.09.2015)]

Unutulma hakkı AB'de ilk kez Mario Costeja Gonzâles adlı bir İspanyol avukatın Google'da adıyla arama yaptığında, borcundan dolayı evini zorla satmak zorunda kalmasına yönelik bir haberin bulunabilmesinden şikayet etmesi sonucunda dava yoluyla tartışıldı. Gonzalez Kararı'na konu olan olaydaki içerikler yıllar öncesine aitti ancak halen İnternet'e kendi adı girildiğinde rahatlıkla arama motorunda bulunabiliyordu. Bu da mesleki ve kişisel saygınlığına gölge düşürmekteydi. [http://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/05/140530_google_ab (Erişim Tarihi:13.08.2015). Davanın İng ilizce metni için bkz http://curia.europa.eu/juris/document/ document_print.jsf?doclang= EN&docid=152065 Google Spain SL,Google Inc.v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, C-131/12, 13 May 2014 (Erişim Tarihi:13.08.2015)]

Yapılan yargılama neticesinde 13 Mayıs 2014 günü ABAD, Gonzales Kararı'nda (C-131/12) özetle şu sonuçlara varmıştır: (Karar hakkında detaylı ve geniş bilgi için bkz Yavuz, 2015, 261-277)

1-) Arama motorları denetleyicidir. Zira, arama motorları üçüncü kişiler tarafından aranan içeriklere ulaşılmasına aracılık etmektedir. Arama motoru sayesinde kullanıcılar, üçüncü kişiler tarafından İnternet'e yerleştirilmiş olan

içerikleri bulur. Ayrıca arama motorları verileri indeksler, depolar ve son olarak kullanıcıların rahatlıkla ulaşabilmesi için sistematik hale getirir. Bundan ötürü arama motorları denetleyici olduklarından sorumludur. (Yavuz, 2015, 276)

2-) Arama motorunun işleteni, İnternet'te üçüncü kişiler tarafından yayınlanan veri, veri öznelerinin adıyla arandığında bulunabilen, öznelere ilişkin bilgilerle sonuçları motordan kaldırmakla yükümlüdür. (Yavuz, 2015, 277)

3-) Veri öznesinin adıyla çıkan aramalar sonucunda ortaya çıkan bilgilerin arama motorundan kaldırılması için, adı geçen verilerin, verilere ulaşan üçüncü kişiler nezdinde, veri öznesi hakkında önyargılara yol açması gerekmez. Veri öznesi, AB-THŞ'nın 7 ve 8'inci maddeleri uyarınca, hakkındaki bilgilerin üçüncü kişiler tarafından erişilememesini isteme hakkına sahiptir. Bu hak, arama motorunun ekonomik çıkarıyla kıyaslandığında, daha üstündür. Başka bir deyişle, veri öznesinin kişilik hakkı, kamunun o bilgilere ulaşma hakkına göre üstün ve önceliklidir. Ne var ki veri öznesi kamuya mal olmuş bir kişilikse, kaldırma yönündeki talep, kamu yararı gerekçesiyle reddedilebilir. [Şart, AB tarafından hazırlanmıştır. AB Anayasa Taslağı'na dahil edilmek istenmişse de AB üyelerinden bazılarının 13 Ekim 2004 tarihli Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Metni'ni *(Treaty Establishing a Constitution for Europe:TCE*) referandum sonucunda kabul etmemesi üzerine 2009 yılında Lizbon Andlaşması'na dahil edilerek AB'nin temel normları arasına katılmıştır. (Yazıcı, 2012, 281; Kaboğlu, 2013, 219) 14 Aralık 2007'de AB dönem başkanlığını yürüten Portekiz'in başkenti Lizbon'da toplanan AB devlet ve hükümet başkanları Lizbon Anlaşması'nı imzaladı. Lizbon'daki Jeronimos Manastırı'nda toplanan 27 Üye Ülke liderlerinin anlaşmayı imzalamasıyla, Lizbon Anlaşması, 29 Ekim 2004'de imzalanan ancak onaylanmayan "Avrupa için bir Anayasa Oluşturan Antlaşma"nın yerini almıştır. http://avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi/ab-yasal-cerceve.html (Erişim Tarihi:04.03.2015). Yavuz, 2015, 277]

ABAD, 8 Nisan 2014 tarihli *"Digital Rights İreland Ltd"* (C-293/12) Kararı ile de unutulma hakkını yorumlamıştır. [http://www.statjus.com/

2014/06/avrupa-adalet-divaninin-unutulma-hakki-karari-ve-bu-hakkin-kapsami/ (Erişim Tarihi:09.08.2014) .Kararın İngilizce metni için bkz: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=22111 Digital Rights Ireland Ltd (8.4.2014,293/12) (Erişim Tarihi:09.08.2014)]

Karar özetle, bireylerin İnternet arama motorları üzerindeki kendileri hakkındaki bilgi ve haberlerin, geçerli ve hukuki bir neden olmadıkça, belli bir süre sonunda arama motorlarından silinmemesinin veya kişilere bu yönde bir hak tanınmamasının kişilerin özel yaşamının ihlali anlamına geldiğini ifade etmektedir. [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf (Erişim Tarihi:09.08.2014). Benzeri görüş için bkz Avşar ve Öngören, 2010, 293. http://www.statjus.com/2014/06/avrupa-adalet-divaninin-unutulma-hakki-karari-ve-bu-hakkin-kapsami/ (Erişim Tarihi:09.08.2014)]

Karara konu olan olay şöyledir: [http://anayasagundemi. com/2014/04/20/avrupa-konseyi-ve-avrupa-birliginden-İnternet-ile-ilgili-iki-onemli-karar/ (Erişim Tarihi:04.08.2014)]

Başvurucu, terör ve organize suçların da aralarında olduğu ciddi suçlarla mücadele edilmesi, bu suçların işlenmesinin önlenmesi ve soruşturulması maksadıyla kişilerin İnternet iletişimini izleyen, bu kapsamda İnternet'e nereden, ne sıklıkla ve ne zaman girdiğini tespit ederek, buna ilişkin kayıtların altı aydan iki yıla kadar saklanmasını düzenleyen 2006 tarihli Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi'nin Avrupa Birliği mevzuatına ve AB-THŞ'ye aykırı olduğu iddiasına dayanmaktadır.

Davada iki başvurucu vardır. Bunlardan ilki İrlanda Yüksek Mahkemesi'ne de ilk başvuruda bulunan, İrlanda'da insan hakları ve İnternet üzerine değişik çalışmaları olan Digital Rights Ireland adlı bir şirkettir.

İkinci başvurucu ise, Avusturya AYM'dir. Avusturya AYM'nin başvurmasının nedeni, adı geçen direktif hakkında mahkemeye 11.128 kişinin başvurmuş olmasıdır.

Her iki başvurucu da, söz konusu Direktif'in özellikle özel hayata saygı ve kişisel verilerin korunması hakkını içeren Avrupa Birliği Temel Haklar

Bildirgesi'ne aykırı olduğunu iddia etmektedir. Yapılan yargılamada ABAD, davaya konu olan direktifin AB-THŞ'na orantılılık gerekçesiyle aykırı olduğuna karar vermiştir:

> *"Mahkeme, bu verilerin saklanmasının ve ulusal yetkililere bu verilere erişim izninin verilmesinin özel hayata saygı hakkına ve kişisel verilerin korunması hakkına aykırı olduğuna karar verdi. Mahkeme'ye göre, kamu güvenliği ve terör gibi ciddi suçlarla mücadele gibi gerekçeler ile verilerin saklanması meşrulaştırılabilir ancak bu Direktif, orantılılık ilkesini ihlal ederek Avrupa Birliği hukuku sınırlarını aşmaktadır.*
>
> *Direktif'e göre, İnternet kullanıcılarının bütün verileri hiçbir ayrıma, kısıtlamaya ya da istisnaya tabii tutulmadan, objektif bir kriter belirlenmeden toplanmakta ve her ülke hukukunda ayrıca düzenlenmiş "ciddi suçlar" gerekçe gösterilerek en az altı ay en çok iki yıl süre ile saklanmaktadır. Adalet Divanı'na göre, Direktif'te verilerin neden bu kadar katı şekilde toplandığı ve saklandığı iyi gerekçelendirilmemiş ve bu durumun istismar edilebilme ihtimaline karşı yeterli güvenceler öngörülmemiştir."* [http://anayasagundemi.com/2014/04/20/avrupa-konseyi-ve-avrupa-birliginden-İnternet-ile-ilgili-iki-onemli-karar/ (Erişim Tarihi:04.08.2014)]

Kararın devamında kamuya mal olan kişilere ilişkin bilgilerin öğrenilmesinde üstün kamu yararı bulunduğu gerekçesi ile bu nitelikteki bilgilerin silinmeyebileceği şu ifadelerle ortaya konmuştur:

> *"linkler silinmelidir, meğerki veri öznesinin sosyal hayatta oynadığı rol, bir arama yapılırken kamunun ilgili verilere erişebilmesindeki ağır basan bir menfaatini haklı kılsın."* [http://www.statjus.com/2014/06/avrupa-adalet-divaninin-unutulma-hakki-karari-ve-bu-hakkin-kapsami/ (Erişim Tarihi:09.08.2014)]

ABAD'ın kararları AB sınırları dahilindeki tüm arama motorlarını bağlayıcı niteliktedir. Kararın gerekçesinde bu durum

"... arama motorunun operatörü, kendi yükümlülükleri, gücü ve yetkinlikleri çerçevesinde, aktivitelerinin direktifin (95/46/EC) gereksinimlerine uygun olduğundan emin olmalıdır."

denerek ifade edilmiştir. [http://www.statjus.com/2014/06/avrupa-adalet-divaninin-unutulma-hakki-karari-ve-bu-hakkin-kapsami/ (Erişim Tarihi: 09.08 2014)]

Buna göre, unutulma hakkı yönünde bir taleple karşılaşan Google (veya herhangi bir arama motoru) bu kapsamdaki bir link silme talebini haklı bulursailgili linki tümüyle arama motorunun veri tabanından çıkarmayıp o linke erişimi yalnızca ABAD kararının uygulama alanı olan ülkerden (yani AB üyesi 28 ülke ile üye statüsünde olmayan İzlanda, Norveç, Lihtenştayn ve İsviçre) engelleme yoluna gidecektir. Bundan ötürü, sözgelimi Google'ın ABD sürümüne erişim sağlayan birinin AB sürümünde yapılan aramalarla ulaşılamayan linkleri görebilmesi de mümkün olacaktır. Belirtmek gerekir ki unutulma hakkı ile kural olarak arama motoru ilgili içeriğe URL bazında erişim yasağı koymamakta (içeriği adı geçen siteden kaldırmamakta), yalnızca arama motoruna başvurucunun talep ettiği şekilde girildiğinde sonuçların çıkmasını engellemektedir. URL'nin kaldırılması durumunda ise, İnternet sitesinin yasal sorumlusuna durum bildirilmektedir. [http://www.statjus.com/2014/06/avrupa-adalet-divaninin-unutulma-hakki-karari-ve-bu-hakkin-kapsami/ (Erişim Tarihi: 09.08.2014). Can, 2015, 288, 289]

Şu halde ABAD'ın unutulma hakkı yönündeki kararı, arama motorlarına kişisel verilere ulaşılmasının engellenmesi yönünde bir hak tanımaktadır. Başka bir deyişle, AB nezdinde kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması bağlamında belli içeriklere erişim engeli konabilecektir.

Unutulma hakkının Türk hukukunda tanınmamış olmasının önemli bir eksiklik olduğu düşüncesindeyiz. Zira bu hakkın tanınmamış olması, arşiv niteliğindeki haberler nedeniyle dahi web sitelerine 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri gereğince erişim yasağı konulmasına yol açabilecektir. Oysa, unutulma hakkının tanınması durumunda, yargıya başvurmaya gerek kalmaksızın kişiler kendileri hakkındaki içeriğin bir süre sonra arama motorlarından silinmesini talep edebilecekleri için, kişilik hakkı ihlallerinden

ötürü içeriğin çıkarılması talebiyle yargıya başvurmaya gerek kalmayabilecektir.

III.BÖLÜM

ERİŞİM YASAKLARININ FARKLI HUKUK DİSİPLİNLERİ AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

3.1. Genel Olarak

İnternet, bünyesi itibarıyla kaçınılmaz olarak pek çok hukuk dalıyla bağlantılıdır. Bu nedenle, İnternet'i farklı hukuk disiplinleri açısından incelemek gerekmektedir. Çalışmanın bu bölümünde, İnternet'e erişim yasaklarının farklı hukuk disiplinleri açısından görünümü incelenmektedir.

Genel bir girişten sonra bölümün ikinci alt başlığında (Başlık 3.2) sırasıyla 7258 Sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5'inci maddesindeki; 633 Sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 6/6'ncı ve 6/7'nci maddesindeki; 4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinin k bendindeki; 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) Ek 4'üncü maddesindeki; 30. 12. 2012 tarih, 28513 Sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPK) 99/3, 109 ve 115/son maddelerindeki (ve mülga 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22/g maddesindeki); 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun (EHK) 9/12'nci maddesindeki erişim yasağı sonucunu doğurabilecek olan düzenlemeler geniş biçimde değerlendirilmektedir.

Bölümün üçüncü alt başlığında (Başlık 3.3) İnternet alanı, İnternet'in kamu hizmeti niteliğine dair yorumlar ışığında, idari kolluk faaliyeti ile idari sorumluluk nedenleri açısından incelenmiştir.

Bölümün dördüncü alt başlığında (başlık 3.4) ise erişim yasaklarının özel hukuk açısından görünümü ele alınmaktadır. Burada sırasıyla Medeni Kanun'un (MK) kişiliğin korunmasına ilişkin 24 ve 25'inci maddeleri (5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleriyle zaman zaman kıyaslanarak); 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (BK) 57'nci ve 6102 Sayılı Türk Ticaret

Kanunu'nun (TTK) 58'inci maddelerindeki haksız rekabete ilişkin kurallar ile 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 389 vd. maddelerindeki ihtiyati tedbirlere dayanılarak konan erişim yasakları örnek yargı kararları ile birlikte detaylı olarak değerlendirilmiş ve bu hükümlere dayanılarak konacak olan erişim yasaklarından doğan tazminat sorumluluğu ele alınmıştır.

3.2. 5651 Sayılı Kanun Dışındaki Kanunlardaki Düzenlemeler

3.2.1. Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'daki Düzenleme

7258 Sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 12/7/2013 tarih ve 6495 Sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi ile değiştirilen 5'inci maddesinin dördüncü fıkrasında *"Bu madde kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun erişimin engellenmesine ilişkin hükümleri uygulanır."* denerek maddenin ilk fıkrasında belirtilen suçların işlenmesi durumunda 5651 Sayılı Kanun'un erişimin engellenmesine ilişkin kurallarının uygulanacağı ifade edilmiştir. (Özen ve Baştürk, 2011, 197)

Maddede belirtilen suçlar ise şunlardır:

Yasanın verdiği yetkiye dayalı olmaksızın;

1.) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatmak ya da oynanmasına yer veya imkân sağlamak;

2.) Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının İnternet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlamak;

3.) Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarıyla bağlantılı olarak para nakline aracılık etmek;

4.) Kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik etmek;

Belirtilen suçların işlenmesi durumunda 5651 Sayılı Kanun'daki erişim engeli usulü geçerli olacaktır. Yasanın 5'inci maddesinin dördüncü fıkrası, 5651 Sayılı Kanun'da sınırlı sayıda sayılan suçları genişletmiş değildir. Yasada, 5651 Sayılı Kanun'a, yalnızca erişim yasağı kararının alınış usulü bakımından göndermede bulunulmuştur. Bu nedenle, bir üst başlıkta 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi için yaptığımız eleştirileri bu hükümler bakımından da yinelemekte yarar bulunmaktadır.

Yasada, 5651 Sayılı Kanun'un erişimin engellenmesine ilişkin "usulüne" göndermede bulunulduğu için 5651 Sayılı Kanun'un ikinci fıkrasındaki yöntem uygulanarak adı geçen suçları içeren İnternet sitelerine, ancak yargıç kararı veya gecikmede sakınca varsa savcı emri ile (sonradan yargıç onayına sunulmak kaydıyla) erişim yasağı konabilecektir. Bu nedenle, 7258 Sayılı Kanun'daki suçlar bakımından TİB kararıyla ve idari tedbir yoluyla da erişim yasağı kararı verilebilmesi mümkün görünmemektedir. Zira 5651 Sayılı Kanun 'un 8'inci maddesinin dördüncü fıkrası gereğince ancak 8'inci maddenin ilk fıkrasında sayılan suçlar bakımından TİB'in kendiliğinden erişim yasağı koyabilmesi mümkündür.

Ayrıca, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 10'uncu fıkrasında belirtilen erişim yasağı kararını uygulamamaya ilişkin yaptırımların da 7258 Sayılı Kanun bakımından konacak olan erişim yasağı kararları bakımından geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Zira 7258 Sayılı Kanun'da 5651 Sayılı Kanun'un *"erişimin engellenmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı"* açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle, mahkemeler veya savcılıklar tarafından alınan kararların erişim veya yer sağlayıcılar tarafından uygulanmaması da yaptırımı gerektirmelidir.

Öte yandan, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 15'inci fıkrasında belirtilen uzmanlık mahkemeleri 7258 Sayılı Kanun'da belirtilen suçların soruşturulması bakımından da yetkilidir. Zira 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 15'inci fıkrasında *"Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından*

verilir." şeklindeki ifade ile 7258 Sayılı Kanun'un son fıkrasındaki "*erişimin engellenmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı"* şeklindeki ifade birlikte yorumlandığında, 7258 Sayılı Kanun, erişim yasağı konma yöntemi bakımından 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine göndermede bulunduğu için, adı geçen uzmanlık mahkemelerinin soruşturma evresinde 7258 Sayılı Kanun'da sayılan suçlar bakımından da yetkili olduğu kabul edilmelidir. Aksine bir yorum hem 7258 Sayılı Kanun'un amacı ile hem de erişim yasağı koruma tedbirine bu konuda uzmanlık kazanmış olan ceza mahkemeleri tarafından karar verilmesi gerektiği yönündeki "güvenceli koruma"ya aykırılık oluşturabilecektir.

3.2.2. Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'daki Düzenleme

633 Sayılı Kanun'un 6/6-7'nci maddesi ile, Diyanet İşleri Başkanlığı'na, Başkanlık bünyesindeki Mushafları İnceleme ve Kıraat Kurulu (Kurul) aracılığı ile mahkemeye başvurarak; hatalı veya noksan olarak basıldığı ya da yayımlandığı tespit edilen mushaf veya cüzlerin yahut sesli veya görüntülü Kur'anı Kerim'lerin İnternet üzerindeki yayınının engellenmesi yönünde bir hak tanındığı görülmektedir. Kurul'a, mahkemeye başvurma hakkı tanınmış oluşunun ve başvuru üzerinde sulh hukuk mahkemesince erişimin engellenmesine karar verilecek olmasının iki yönden hukuka ve özellikle de Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülebilir. (İşleyiş sistemi hakkında geniş bilgi için Özen ve Baştürk, 2011, 198-199)

Öncelikle, bu yöndeki bir uygulamanın ve bizatihi yasanın kendisinin Anayasa'nın 136'ncı maddesine aykırılığının tartışılması gerekir. Zira, 136'ncı madde gereğince Diyanet İşleri Başkanlığı tüm dinlerin üzerinde ve laiklik ilkesine uygun biçimde çalışacaktır. Oysa, 633 Sayılı Kanun'un 6/6-7'nci maddesi sadece gerçeğine uygun olmayan Kuran mushafları için erişim yasağı koydurtma yetkisini Başkanlık'a vermekteyken, gerçeğine aykırılık taşıyan diğer dinlerin kutsal kitapları için Başkanlık'a böyle bir yetki verilmemiştir. Adı geçen düzenleme bu yönüyle Anayasa'nın 136'ncı maddesi ile 2'nci maddesine (laik devlet ilkesi açısından) aykırılık oluşturmaktadır. Kaldı ki

gerçeğine aykırı mushaf yayınlayan web sitesine erişim yasağı koydurtmanın ölçülülük ilkesi ile ne oranda bağdaştığı da tartışmalıdır.

Konunun diğer tartışılması gereken yönü ise yetkinin sulh hukuk mahkemesine verilmiş olmasıdır. Erişim yasağı ceza yargılaması konusudur ve 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile sulh ceza hakimliğine yasak koyma yetkisi tanınmıştır. Oysa bu düzenleme ile sulh hukuk mahkemesine ceza yargılaması koruma tedbirini uygulama yetkisi verilmektedir. Üstelik yasanın 6/6'ncı maddesinde, sulh hukuk mahkemesine erişim yasağı koyup koymama yönünde bir takdir hakkı da tanınmış değildir. Kanun metninde, bu türden bir başvuru olduğunda sulh hukuk mahkemesinin erişim yasağı "koyacağı" açıkça ifade edilmiştir. Şu halde, sulh hukuk mahkemesi kararı ile erişim yasağı koydurtmak sadece "şekli" bir teminattan ibarettir. (Her ne kadar 633 Sayılı Kanun'un 6/7'nci maddesi, sulh hukuk mahkemesi kararına karşı asliye hukuk mahkemesine itiraz olanağı tanımakta ise de bu itiraz olanağının tanınmış olması şekli bir teminattan öteye gitmemektedir). Asıl erişim yasağı koydurtan (veya koyan) ise Kurul'dur. Bu da idari nitelikteki bir organın yargısal yetki kullanması anlamına gelmektedir. Bu yönüyle 633 Sayılı Kanun'un 6/6'ncı maddesinin, Anayasa'nın 9'uncu maddesine de aykırı olduğu savunulabilir. Zira Anayasa'nın 9'uncu maddesine göre yargı yetkisi ancak bağımsız mahkemeler tarafından kullanılabilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, sulh hukuk mahkemesinin 633 Sayılı Kanun'nun 6/6'ncı maddesi gereğince web sitelerine erişim yasağı koyup koymama yönünde bir takdir hakkı olmadığı için buradaki mahkemenin Anayasa'nın 9'uncu maddesinde aranan "bağımsızlık" niteliğini gerçek anlamda taşıdığı da söylenemeyecektir.

Kurul'un Kuran'ı Kerim'lerin aslına uygunluğunu denetleme açısından resmi bilirkişi olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak, herhangi bir mahkeme talebi ya da tarafların bu yönde bir istemi olmaksızın Kurul'un kendiliğinden harekete geçerek bilirkişilik görevi üstlenmesinin de CMK'nın ve HMK'nın bilirkişilik düzenlemeleriyle çeliştiği söylenebilir.

Zira hukuk yargılamasında bilirkişinin mahkeme tarafından görevlendirilmesi esastır. Keza ceza yargılamasında da tarafların istemi ile ya

da mahkeme tarafından uygun görülmesi halinde re'sen de bilirkişi incelemesine gidilebilir. Ancak her iki durumda da bilirkişi incelemesine mahkeme karar verir ve bilirkişiye görev mahkeme tarafından verilir. Oysa 633 Sayılı Kanun'un 6/6'ncı maddesinde Kurul'u mahkeme görevlendirmemektedir. İşte bu nedenle Kurul'un kendi kendini bilirkişi olarak ataması ne hukuk muhakemesinin ne de ceza muhakemesinin mantığı ile bağdaşmaktadır.

Öte yandan, hukukumuzda *"hatalı veya noksan olarak basıldığı veya yayınlandığı tespit edilen mushaf ve cüzler ile sesli ve görüntülü Kuran-ı Kerim'leri İnternet ortamında yayınlamak"* diye bir suç yoktur. **(**Özen ve Baştürk, 2011, 202**)**

Şu halde, 633 Sayılı Kanun'un 6/6'ncı maddesi ile, suçların ve cezaların ancak yasa ile konabileceği ve yasada düzenlenmeyen bir konuda hiç kimse hakkında cezaya veya güvenlik tedbirine hükmedilemeyeceği yönündeki, ceza hukukunun temel ilkesi olan "kanunilik" ilkesi de ihlal edilmekte ve Anayasa'nın 38/1-3'üncü maddelerine de aykırılık ortaya çıkmaktadır. (Gözler, 1990, 578)

Diğer taraftan, hatalı yayınlanan Kuran-ı Kerim'ler için böyle bir düzenleme konmuşken, hatalı yayınlanan diğer dinlerin kutsal kitapları için benzeri bir düzenleme yapılmamış olması da Anayasa'nın 136'ncı maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Kaldı ki niteliği gereği suç olmayan bir eylem için erişim yasağı gibi ağır bir tedbire hükmedilmesi de ciddi hak ihlallerine yol açabilecektir.

633 Sayılı Kanun'un 6/6-7'nci maddesinin yukarıdaki eleştirilere göre yeniden düzenlenmesi durumunda sorunların aşılabileceği söylenebilir.

3.2.3.Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'daki Düzenleme

4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8'inci maddesi 6111 Sayılı Kanun'un 175'inci

maddesi ile 2011 yılında değiştirilerek hukukumuza bir erişim yasağı düzenlemesi daha getirilmiştir.

4733 Sayılı Kanun'un 8/5-k maddesindeki düzenlemeye göre *"Tütün mamulleri veya alkollü içkilerin tüketicilere satışını; İnternet, televizyon, faks ve telefon gibi elektronik ticaret araçları ya da posta ile sipariş yöntemi kullanarak yapmak üzere satış sistemi kuran veya faaliyette bulunanlara yirmibin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. (Ek ikinci cümle: 13/2/2011-6111/175 md.) Satışın İnternet ortamında yapılması halinde, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda öngörülen usullere göre erişimin engellenmesine karar verilir ve bu karar hakkında da anılan Kanun hükümleri uygulanır."*

Maddenin tümü ve özellikle de inceleme konusu ettiğimiz bent dikkatle okunduğunda, maddede sayılan eylemlerin kabahat türünden eylemler olduğu söylenebilir. Çünkü, yaptırımlar idari para cezası şeklinde ihdas edilmiştir. İdari para cezaları ise kabahatler için uygulanan yaptırımlardır.

Şu halde, 2011 yılında 4733 Sayılı Kanun'da yapılan değişiklikle, hukukumuzda artık kabahat için de erişim yasağı koruma tedbirinin uygulanması olanaklı hale gelmiştir. (Özen ve Baştürk, 2011, 200). Oysa 5651 Sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde yasanın amacı olarak *"İnternet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek"* zikredilmiştir.

Öte yandan, 5651 Sayılı Kanun'un 8/1'inci maddesinde sayılan "suçların" oluştuğu yönünde yeterli şüphe sebebi bulunan durumlarda yasada belirtilen usullere göre erişim yasağı konabilecektir. Öyleyse, 5651 Sayılı Kanun, suçlarla mücadele için çıkarılmıştır. Bundan ötürü, 4733 Sayılı Kanun ile, kabahat niteliği taşıyan eylemler bakımından erişim yasağı koruma tedbiri öngörülmesi hukuk tekniği bakımından doğru olmamıştır. (Özen ve Baştürk, 2011, 200)

4733 Sayılı Kanun'da, erişim yasağı kararının alınışı ve uygulanması bakımından 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu

durumda, yasada tanımlanmış olan kabahatin işlenmesi durumunda, 5651 Sayılı Kanun'daki erişim yasağı kararının alınışına ilişkin usuli yöntemin uygulanması gerekmektedir. Yasa ile getirilen düzenleme 5651 Sayılı Kanun'da sınırlı sayıda sayılan suçları genişletmiş değildir. Kaldı ki zaten 4733 Sayılı Kanun'da sayılan eylem suç da değildir.

Yasa'da, 5651 Sayılı Kanun'un erişimin engellenmesine ilişkin "usulüne" göndermede bulunulduğu için 5651 Sayılı Kanun'un ikinci fıkrasındaki yöntem uygulanarak adı geçen kabahati içeren İnternet sitelerine, ancak yargıç kararı veya gecikmede sakınca varsa savcı emri ile (sonradan yargıç onayına sunulmak kaydıyla) erişim yasağı konabilecektir. Bu nedenle, 4733 Sayılı Kanun'daki kabahat bakımından TİB kararıyla ve idari tedbir yoluyla da erişim yasağı kararı verilebilmesi mümkün görünmemektedir. Zira 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin dördüncü fıkrası gereğince ancak 8'inci maddenin ilk fıkrasında sayılan suçlar bakımından, belli koşullar gerçekleştiğinde TİB'in kendiliğinden erişim yasağı koyabilmesi mümkündür.

Ayrıca, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 10'uncu fıkrasında belirtilen erişim yasağı kararını uygulamamaya ilişkin yaptırımların da 4733 Sayılı Kanun bakımından konacak olan erişim yasağı kararları bakımından geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Zira 4733 Sayılı Kanun'da 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Bu nedenle, mahkemeler veya savcılıklar tarafından alınan kararların erişim veya yer sağlayıcılar tarafından uygulanmaması da yaptırımı gerektirmelidir.

Ne var ki 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 15'inci fıkrasında belirtilen uzmanlık mahkemeleri 4733 Sayılı Kanun'da belirtilen kabahatin soruşturulması bakımından da yetkilidir. Zira 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 15'inci fıkrasında *"Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir."* şeklindeki ifade ile 4733 Sayılı Kanun'daki 5651 Sayılı Kanun'un erişim yasağına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı şeklindeki ifade birlikte yorumlandığında, 4733 Sayılı Kanun, erişim yasağı konma yöntemi

bakımından 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine göndermede bulunduğu için, adı geçen uzmanlık mahkemelerinin soruşturma evresinde 4733 Sayılı Kanun'da sayılan kabahat bakımından da yetkili olduğu kabul edilmelidir. Aksine bir yorum hem 4733 Sayılı Kanun'un amacı ile hem de erişim yasağı koruma tedbirine bu konuda uzmanlık kazanmış olan ceza mahkemeleri tarafından karar verilmesi gerektiği yönündeki "güvenceli koruma"ya aykırılık oluşturabilecektir.

Ayrıca, 4733 Sayılı Kanun'da yapılan değişiklik, 6111 Sayılı *"Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"* ile getirilen "torba kanun" değişikliğidir. Bundan ötürü yapılan değişikliğin yasa değişikliği yapma tekniği ile de bağdaştığını söylemek güçtür. (Özen ve Baştürk, 2011, 201)

Erişim yasağı koruma tedbirleri, suçlar için uygulanabilirken buna kabahatleri de üstelik torba yasa değişikliği eklemenin hukuk güvenliği ilkesi ile ne ölçüde bağdaştığı tartışmalıdır. (Özen ve Baştürk, 2011, 201). Erişim yasağı tedbirinin, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, olabildiğince sınırlı durumlarda ve büyük zorunluluklar karşısında, sıkı usûli yöntemlerle uygulanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından oldukça önemlidir. Bundan ötürü, kabahatler için erişim yasağı konması yönündeki düzenlemenin değiştirilmesi, hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından gereklidir. (Benzeri görüş için bkz Özen ve Baştürk, 2011, 201)

3.2.4. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Düzenleme

FSEK, Türkiye'de İnternet'e konan erişim yasaklarına en çok dayanak gösterilen kanundur. Bunda 2004 yılı içerisinde MÜYAP'ın başvurularının etkisi yadsınamaz. (Geniş bilgi için bkz Avcı, 2013, 287). Daha önce de ifade edildiği üzere, Türkiye'deki ilk İnternet kapatma süreci MÜYAP başvuruları ile başlamıştır. Ancak son dönemde Digiturk'ün telif hakkı ihlalleri nedeniyle İnternet sitelerini kapattığı görülmektedir. [Akdeniz, 2011, Söyleşi http://www.turk-İnternet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=33216 (Erişim Tarihi:15.03.2014)]

FSEK ek madde 4'ün yürürlüğe girmesiyle, telif hakkı ihlalleri gerekçesiyle web sitelerine erişim yasakları konmaya başlanmıştır. Kesin bir rakam vermek güç olmakla birlikte FSEK ek madde 4'e dayanılarak 2012 yılı sonu itibarıyla yaklaşık 3000 İnternet sitesine erişim yasağı konmuştur. (Avcı, 2013, 288. TİB tarafından sağlıklı istatistiki veri yayınlanmadığı için 2015 yılındaki durum kesin olarak verilememektedir. http://engelliweb.com/ da yayınlana istatistikler ise madde başlıklarına göre değil, hangi kurumun ne oranda erişim yasağı verdiğine ilişkindir.)

İncelemekte olduğumuz 5846 Sayılı FSEK ek madde 4/3 hükmü şöyledir:

> *"(Değişik üçüncü fıkra: 3/3/2004-5101/25 md.) 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 Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâle devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin 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, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir."*

Buna göre, FSEK ek madde 4'ün uygulanması için, fikri hakkının ihlal olduğunu iddia eden kişilerin (eser sahipleri veya bağlantılı hak sahipleri), bilgi içerik sağlayıcısına başvurusu üzerine öncelikle ihlale konu olan içeriğin web

sitesinden çıkarılması gerekmektedir. (5846 Sayılı FSEK'in 2'inci maddesinde "bilgi içerik sağlayıcısı" kavramı tanımlanmış değildir. Bu nedenle, bu kavramı 5651 Sayılı Kanun'un 2/f maddesindeki "içerik sağlayıcı" olarak yorumlamak gerektiğini düşünmekteyim.)

Düzenlemeye göre, hak sahibinin talebi olmaksızın savcının ihlal hakkında kendiliğinden işlem yapabilmesi mümkün değildir. Çünkü düzenleme ile eser sahibinin veya bağlantılı hak sahiplerinin yararları (özel yarar) korunmaktadır. Düzenlemeyi, 5651 Sayılı Kanun'un 8 ve 8/A maddelerinden farklı kılan temel husus budur.

Zira 5651 Sayılı Kanun'un 8 veya 8/A maddelerinde, yalnızca kişisel menfaat değil, kamusal menfaat de korunmaktadır. Web sitelerindeki hukuka aykırı içerik, kişisel hakları ihlal ettiği gibi, kamu düzenini de etkileyebilmektedir. Kişilik haklarının veya özel hayatın ihlali durumunda ise 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerindeki düzenlemelerin tatbiki gündeme gelmektedir ki bu maddelerin uygulanması için gereken temel ilke kişilik hakları ihlal olan kişi, kurum veya kuruluşların başvurusudur. Savcılığın, TİB'in veya ESB'nin kişilik hakları ihlal edildiği için kendiliğinden harekete geçerek içeriği yayından kaldırtmasına ilişkin bir hüküm 9 veya 9/A maddelerinde bulunmamaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku her ne kadar cezai yaptırımlar içeriyor veya patent, faydalı model ya da marka için devlet tarafından açıkça yetkilendirilmiş olan kurum veya kuruluşlar tarafından onay/denetim işlemleri yapılıyor olsa da bu durum Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'nun özel hukukun dallarından biri olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. (Kamu hukuku, özel hukuk ayrımı Roma Hukuku'na (Ulpianus) dayanmaktadır. (Tahiroğlu ve Erdoğmuş, 127, 128). Günümüzde de benimsenen bu ayrımın ölçütlerinden birisi de korunan yararın kamusal yarar mı yoksa bireysel yarar mı olduğuna ilişkin ölçüttür. Tekinalp, 2012, 36)

Konuya, korunan çıkarın kamusal çıkar mı özel çıkar mı olduğu açısından yaklaşmak gerekirse, kamu hukuku, bireyin devletle olan ilişkilerini (ve devletin teşkilatını) düzenlediği için kamusal; özel hukuk bireylerin hareket edebilecekleri alan dahilinde birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlediği için

bireysel çıkarları düzenlemektedir. (Gözler, 2014/a, 70). Ayrıca kamu menfaati bir topluluğun menfaatidir; kişisel (özel) menfaat ise bir kişinin menfaatidir. (Hanağası, 2009, 198). Kamu menfaatini bir ulusun tamamının veya toplumun tamamının menfaati olarak tanımlamak da mümkündür. Zaten bu nedenden ötürü, kamu menfaatinin korunması için dava açan kişi özel hukuk kişisi değil, kamu hukuku kişisidir. (Hanağası, 2009, 199)

Özel hukukun temel ilkelerinden biri, taraflardan herhangi birinin istemi olmaksızın, yargı kurumlarının harekete geçmemesidir. Başka bir deyişle, özel hukukun doğrudan doğruya "icrailik" işlevi yoktur. (Gözler, 2014/a, 71). Bu, "özel hukukta taraflar arasındaki eşitlik" ilkesinin doğal sonucudur. (Çakmak, 2011, 709; Derbil, 1950, 5)

Kişisel menfaatini de hakkı ihlal edilen taraf isterse korur, isterse korumaz. Özel hukukta, talep olmadıkça, devletin eşit statüdeki kişilerin arasındaki hukuki ilişkiye doğrudan müdahil olması ve bir hakkı almak için kendiliğinden harekete geçmesi mümkün değildir. (Gözler, 2014/a, 72; Çakmak, 2011, 709). Keza, yine özel hukukta bir kamu menfaati ihlal edilmiş dahi olsa, ayrıksı durumlar dışında, günümüzde bireylerin bir kamu menfaatinin ihlalini gerekçe göstererek, kamu adına "actio popularis" (kamu davası) niteliğinde bir dava açabilmesi de mümkün değildir. [Roma Hukuk sistemi, kamu menfaati ihlal olduğunda, tüm vatandaşlara kamu adına dava açma hakkı vermekteydi. (Özdek, 1991,104). Roma'da res publica'nın ortak kullanımıyla ilgili olarak, her bir vatandaşın, kamusal menfaatin korunması amacıyla "interdictum popore"den yararlanmak yoluyla, kamusal işlemlere karşı dava açma hakkı tanınmıştı. Örneğin biri arazisine su toplamak için hendek kazmışsa ve bu su yola akmışsa, bu durum tüm bireylere actio popularis hakkı verirdi. (Küçük, 2013, 82, 83). Actio populariste, davacının kişisel menfaati ihlal edilmekteyse de başka bir davacı salt "halktan birisi" olduğu gerekçesiyle bu kişinin yanında veya bu kişinin yerine dava açabilmekteydi. (Küçük, 2013, 93). Günümüzde actio popularis sistemi Kolombiya'da ve seçim kaynaklı bazı uyuşmazlıklar için İtalya'da benimsenmektedir. (Özdek, 1991, 105). Keza, Portekiz Anayasası'nda ve ilgili yasalarında çevreciler ve yurttaşlar için, (çevre davaları ile sınırlı olmak

kaydıyla) actio popularis benimsenmişse de uygulamada yeterli sonuç alınabilmiş değildir. Turgut Yılmaz, 167]

5846 Sayılı FSEK ek madde 4/3 hükmü, bir yönüyle, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde 6518 Sayılı Kanun'la (madde 93) yapılan değişiklikten önceki "uyar-kaldır" yöntemine benzemektedir.

Yasada, uyarıya rağmen ihlalin devam etmesi durumunda Cumhuriyet Savcılığı'na başvurulacağı, Cumhuriyet savcısının ise erişim sağlayıcıya başvurarak, ilgili bilgi içerik sağlayıcının faaliyetinin durdurulmasını isteyebileceği ifade edilmektedir. (5846 Sayılı FSEK'in 2'inci maddesinde "servis sağlayıcı" kavramı tanımlanmış değildir. Bu nedenle, bu kavramı 5651 Sayılı Kanun'un 2/e maddesindeki "erişim sağlayıcı" olarak yorumlamak gerektiğini düşünmekteyim.)

Yasal düzenlemede dikkat çekici olan diğer bir husus, yargıç kararı olmaksızın ve yalnızca savcının emriyle telif hakkı ihlali gerekçesiyle web sitesine erişim yasağı konabileceğidir. [(Aksi görüş, FSEK EK-4'teki düzenlemenin İnternet sitelerine erişim yasağı koyma yönünde yargıçlara ya da savcılara yetki vermediğini ifade etmektedir. (Avcı, 2013, 355)]. Savcı emrinin yargıç onayına sunulmuyor oluşu da bu şekilde verilen erişim yasağı tedbirinin yargıç güvencesinden yoksun olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki temel ölçütlerden birisi olan "yargıç kararı" koşulu 5846 Sayılı Yasa'da ne önsel ne de sonradan denetim yoluyla öngörülmüş değildir. Şu halde "kuramsal olarak" yalnızca savcının emri ile FSEK ek madde 4'e dayanılarak web sitelerine erişim yasağı konabilir. Ancak uygulamada erişim yasağının genellikle-sevindirici şekilde- yargıç kararı ile verildiği görülmektedir.

Nitekim, Digiturk'un 2011 yılında yaptığı başvuru üzerine, blogspot.com adlı İnternet sitesine konan erişim yasağı Diyarbakır 5'inci Asliye Ceza Mahkemesi'nin 14.01.2011 tarih ve 2011/156 D.İş sayılı kararı ile verilmiştir.[http://www.teknokulis.com/Haberler/Guncel/2011/03/01/blogspota_erisim_tekrar_engellendi (Erişim Tarihi:16.03.2014)]

Adı geçen düzenlemenin, olası bir başvuru durumunda Türkiye'yi AİHM nezdinde mahkum ettirebileceği söylenebilir. Zira, yargıç kararına

dayanmadan yalnızca savcının emri ile fikri hak ihlallerinden ötürü kapatma kararı verilebilecektir. Üstelik, yasada bu karara karşı bir kanunyolu da öngörülmemiştir. (Söyler, 2013, 228, 229). Oysa, fikri hak ihlalleri cezai ve hukuki sorumluluğun ötesinde bir yaptırıma yeğin (maruz) bırakılmamalıdır. Düzenlemenin bu yönüyle de hatalı olduğu düşüncesindeyiz.

FSEK madde 76 gereğince, FSEK'ten doğan tüm davalarda, dava konusunun miktarına ve uygulanacak olan cezaya bakılmaksızın hukuk ve ceza davaları için konusunda uzmanlaşan ve asliye hukuk veya asliye ceza mahkemesi şeklinde çalışan uzmanlık mahkemeleri görevli olacaktır. Eğer o yerde uzmanlık mahkemesi kurulmamış ise hangi numaralı mahkemenin bu tür davalara bakacağını Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirleyecektir. [Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığı'nın 18.10.2011 T., B.03.1.HSK.0.70.12.04-010.06.02-117-2011 sayı ve 26 numaralı Genelgesi ile fikir ve sanat eserleri ihlallerinin yıllık 500 dosyadan fazla olduğu yerler için ihtisas savcılıklarının da kurulmasına karar verilmiştir. http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Duyurular/genelgeler-kitapcigi.pdf Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığı'nın 18.10.2011 T., B.03.1.HSK.0.70.12.04-010.06.02-117-2011 sayı ve 26 numaralı Genelgesi (Kitapçık, s.303) (Erişim Tarihi:15.05.2014)]

Ayrı Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmayan yerlerde Fikri ve Sınaî haklar mahkemesinin görevi içindeki hukuk davaları için; bir asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde bu mahkeme, iki asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde 1 numaralı mahkeme, ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde ise 3 numaralı asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır. (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2014, 758). Aynı kural ceza mahkemeleri için de uygulanmaktadır.[Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 10.05.2005 T., B0PER0000001/04-12 Sayılı Genelgesi ile 1 veya 3 numaralı Asliye Ceza Mahkemeleri ihtisas mahkemesi olarak belirlenmiştir. http://www.legalisplatform.net/hukuk_metinleri/Ihtisas%20Mahkemeleri.pdf (Erişim Tarihi: 15.05.2014)]

Yasal düzenlemede eksik olduğunu düşündüğümüz konulardan diğeri ise erişim yasağı kararını verecek olan yargıcın konuyla ilgili uzmanlık

mahkemesinin yargıcı olması gerektiğinin yasada düzenlenmemiş oluşudur. Bir başka deyişle, fikri hak ihlallerinden ötürü bir İnternet sitesine erişim yasağı konacak ise, bu kararı fikri haklar alanında uzmanlaşmış olan ceza mahkemesi yargıcının vermesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü, fikri haklara ilişkin ihlaller özel uzmanlık gerektirmektedir. Bundan ötürü, 5846 Sayılı Kanun'da, ek madde 4'ün uygulanmasına ilişkin kararların fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerince verileceği açıkça düzenlenmelidir.

3.2.5. Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki Düzenleme

Gerek mülga 2499 Sayılı gerekse yürürlükte olan 6362 Sayılı SPK, İnternet'e erişim yasağı içeren düzenlemeler barındırmaktadır. Mülga 2499 Sayılı Kanun'un 22'inci maddesinin g bendi ve 6362 Sayılı Kanun'un 99/3, 109 ve 115/son hükümleri Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SP Kurulu) görevleri arasında izinsiz piyasa etkinliklerinin denetlenmesi sayılmaktadır. SP Kurulu'nun bu görevi kapsamında İnternet sitelerine erişim yasağı koydurması mümkün olabilir.

6362 Sayılı Kanun'un düzenlemesini incelemeden önce, mülga 2499 Sayılı Kanun'un 22/g maddesindeki düzenlemeye kısaca değinmek ve bu bağlamda SP Kurulu'nun görevleri üzerinde kısaca durmakta yarar görüyoruz.

SP Kurulu, Anayasa'nın 167/1 maddesindeki *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler."* düzenlemesine dayanılarak oluşturulmuş, kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip, idari ve mali özerkliği bulunan bir kuruldur. (Bayındır, 2011, 44; SP Kurulu'nun 2499 Sayılı Kanun dönemindeki yapılanması idari ve mali özerkliği hakkında geniş bilgi ve eleştiriler için bkz Akıncı, 1999, 203-217)

Kurul'un görevleri düzenlemeye ilişkin, izin ve bildirime ilişkin, denetim ve gözetime ilişkin görevler ve diğer görevler olarak sınıflandırılabilir. (Görevler hakkında geniş bilgi için Bayındır, 2011, 45-46). Buna göre, Kurul'un İnternet erişimine engel koyma görevinin "denetim ve gözetime ilişkin görevler" arasında kabul edilebilmesi mümkündür.

Mülga 2499 Sayılı Kanun'un 22/g maddesinde Kurul'un görevleri arasında *"Sermaye Piyasasını ilgilendiren her türlü iletişim araçları ile yapılan yayın, duyuru ve reklamları izlemek ve bunlardan yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek,"* de sayılmıştır. Bu bağlamda SP Kurulu'nun mülga yasa dönemindeki erişim yasağı koyma yetkisi, maddedeki "*bunlardan yanıltıcı olduğu tespit edilenleri yasaklamak ve gereği yapılmak üzere ilgili kuruluşlara bildirmek,"* ifadesine dayanmaktaydı.

Düzenleme, Kurul'a açıkça İnternet sitelerine erişim yasağı koyma/koydurma yetkisi tanımamakla birlikte, yanıltıcı içerik taşıyan web sitelerini yasaklama ve gereğinin yapılması için ilgili kuruluşlara bildirme yetkisini tanımaktaydı. Bu durumda, Kurul'un sermaye piyasası anlamında yanıltıcı bulduğu İnternet sitelerini doğrudan doğruya yasaklama yetkisinin olduğu söylenebilirdi. Kurul, yasakladığı İnternet siteleri hakkında "gereğinin yapılması" için (erişim yasağı kararının uygulanması) BTK'ya bildirimde bulunmakla yetkiliydi. Burada BTK'nın tek görevi ise, ilgili erişim/yer sağlayıcı ile bağlantı kurarak ilgili web sitesi hakkında alınmış olan kararın uygulanmasını sağlamaktan ibaretti. Bu nedenle, aslında 2499 Sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde 22/g maddesine dayanılarak verilen erişim yasağı kararlarının aslında fiilen SP Kurulu tarafından verildiğini söylemek yanlış bir değerlendirme sayılmaz.

SP Kurulu tarafından mülga yasa döneminde verilen kararlar için hangi mahkemeye, nasıl itiraz edileceğinin düzenlenmemiş olması eksiklik olduğu gibi, kamu kurumu niteliğindeki kuruluşun işlemlerine karşı da ancak idari yargıda iptal davası açılması gerektiği düşünülebilir.

6362 Sayılı Kanun'un 99/3 ve 115/son maddesinin göndermesi ile 109'uncu maddesine dayanılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konabilmesi mümkündür. (Ne var ki SP Kurulu'nun bugüne kadar (28.08.2015 itibarıyla) herhangi bir İnternet sitesine erişim yasağı koyduğu yönünde http://engelliweb.com/istatistikler/ linkinde bir bilgi bulunmamaktadır.)

6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesindeki düzenlemenin ise bu tartışmaları kısmen sonuçlandırdığı söylenebilirse de yasal düzenlemenin başka tartışmalara yol açması mümkündür.

6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi şöyledir: *"İzinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin, İnternet aracılığı ile yürütüldüğü tespit edildiğinde; içerik ve yer sağlayıcılarının yurt içinde olması hâlinde, erişimin engellenmesine ilgili mevzuat uyarınca Kurul tarafından yapılan başvuru üzerine mahkemelerce karar verilir. İçerik ve yer sağlayıcılarının yurt dışında bulunması hâlinde, Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu erişimi engeller."*

Yasanın genel gerekçesinde, maddenin konuş amacı için *"Elektronik ortam üzerinden gerçekleştirilen izinsiz faaliyetlere ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte İnternet aracılığıyla işlenen sermaye piyasası suçlarında büyük artış görülmüş, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin İnternet aracılığıyla işlendiğinin tespit edilmesi durumunda söz konusu İnternet sitelerinin faaliyetlerinin engellenebilmesi için düzenleme yapılmıştır. Bu şekilde İnternet aracılığıyla işlenen suçlarla daha etkin mücadele etmek ve yatırımcıların kötü niyetli şahıslarca istismar edilmesinin önüne geçmek mümkün olacaktır."* denerek yasal düzenlemenin amacı belirtilmiştir. [(http://www.sayilikanun.com/6362-sayili-sermaye-piyasasi-kanunun-gerekcesi-ve-komisyon-raporu/ (Erişim Tarihi: 30.04.2014)]

6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesinde, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin İnternet üzerinden yürütüldüğünün tespit edilmesi durumunda, erişim yasağı tedbirinin uygulanması, içerik ve yer sağlayıcının yurt içinde veya yurt dışında olmasına göre farklı usule göre gerçekleştirilecektir.

Eğer içerik ve yer sağlayıcı yurt içindeyse, Kurul mahkemeye başvuracak, mahkeme kararı ile ilgili İnternet sitelerine erişim yasağı konacaktır. Ancak, içerik ve yer sağlayıcı yurt dışında ise, Kurul'un başvurusu üzerine BTK tarafından idari tedbir yöntemiyle erişim yasağı kararı konacaktır.

Düzenlemede ilk eleştirilmesi gereken yön, İnternet sitelerinin içerik ve yer sağlayıcılarının yurt içinde olması durumunda mahkeme tarafından verilecek olan kararlarda, mahkemeye takdir hakkı tanınmamış olmasıdır.

Çünkü yasadaki ifade, mahkemenin erişim yasağı kararını "vereceği" yönündedir. İfade "verebilir" şeklinde olsaydı, mahkemenin bu konuda takdir hakkı olduğundan bahsedilebilirdi. Şu halde, 2499 Sayılı Kanun döneminde, yasada açıkça belirtilmese de fiilen SP Kurulu'nun elinde olan erişim yasağı kararı koyma yetkisi yasaya konmuş ve SP Kurulu'nun bu talebine mahkemeler tarafından erişim yasağı konacağı söylenerek, "şeklen" karara bir teminat tanınmıştır.

Ne var ki mahkeme kararı olmadan erişim yasağı konamaması bir teminat olarak düşünülebilirse de mahkemene takdir hakkı tanınmaması görünürdeki bu teminatı fiilen işlemez duruma getirebilecektir.

Ayrıca bu mahkeme hangi mahkemedir? 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesinde 5651 Sayılı Kanun'a açık göndermede bulunulmuş değildir. Madde metnindeki *"erişimin engellenmesine ilgili mevzuat uyarınca Kurul tarafından yapılan başvuru üzerine mahkemelerce karar verilir"* şeklindeki ifadede belitilen "ilgili mevzuat"ın 5651 Sayılı Kanun mu olduğu yoksa başka bir yasa hükmü mü olduğu tartışmalıdır. Zira, eğer yasakoyucu buradaki hükümle 5651 Sayılı Kanun'u kast etmiş olsa idi, biraz aşağıda incelediğimiz 6362 Sayılı Kanun'un 115/5'inci maddesindeki gibi 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine açık göndermede bulunabilirdi. Bu nedenle 5651 Sayılı Kanun'un 8/15'inci maddesinde belirtilen uzmanlık mahkemeleri tarafından soruşturma aşamasında bu yönde bir karar verilmesi de mümkün görünmemektedir. Kaldı ki 5651 SK'un 8/15'inci maddesi gereğince, uzmanlık mahkemeleri ancak 5651 Sayılı Kanun'un 8, 9 ve 9/A maddelerinde tanımlanan suçlar bakımından yetkilidirler.

Şu halde, 6362 Sayılı Kanun'un 99/3 maddesinde belirtilen mahkeme herhangi bir mahkeme olabilir mi? Bu sorunun yanıtı, kısmen de olsa 6362 Sayılı Kanun'un "Görev ve yetki" başlığını taşıyan 116'ncı maddesinde *"Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir."* denerek verilmiştir. Şu halde, 6362 Sayılı Kanun'un 115/5'inci maddesinde olduğu şekilde özellikle yasa metninde belirtilmediği için, 99/3'üncü maddeye göre verilecek olan

erişim yasağı kararının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen uzmanlık ceza mahkemesi tarafından, verilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, 5651 Sayılı Kanun'un 8/10'uncu maddesi gereğince koruma tedbiri olarak verilen erişim yasağı kararının gereğini yerine getirmeyen erişim veya yer sağlayıcılara adli para cezası verileceğine ilişkin düzenlemenin 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi kapsamında verilen erişim yasağı kararlarına uyulmaması durumunda geçerli olacağını söylemek de güçtür. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere, 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi kapsamındaki erişim yasağı kararını aynı yasanın 116'ncı maddesi gereğince, sermaye piyasası hukuku anlamında yetkilendirilmiş mahkemenin vereceği düşünüldüğünde, 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi kapsamında verilen erişim yasağı kararlarının uygulanmaması durumunda, bu kararı uygulamayan erişim veya yer sağlayıcılara "suçta ve cezada yasallık" ilkesi gereğince 5651 Sayılı Kanun hükümlerine göre ceza verilmesi hukuken mümkün görünmemektedir.

6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesinde 5651 Sayılı Kanun'a açıkça göndermede bulunulmadığı için de 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin kendiliğinden ve kıyasen uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir. Her ne kadar 5651 Sayılı Kanun, İnternet'e erişim yasaklarını düzenleyen temel kanun olsa da içerdiği hükümlerin ancak yasada tanımlanmış olan eylemler bakımından uygulanabileceği veya başka yasalar tarafından açıkça göndermede bulunulduğu takdirde uygulanabileceği tartışmalardan uzak olmalıdır. Bu nedenle, ortaya çıkan veya çıkacak hukuki sorunların aşılması adına erişim yasağına ilişkin kararlar ve yaptırımlar bakımından 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağının 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesine (aynı yasanın 115/5'inci maddesinde olduğu gibi) bir cümle ile eklenmesinde yarar olduğu düşünülebilir.

Maddenin uygulanmasında eleştirilebilecek diğer bir yön ise, mahkeme tarafından verilecek olan kararların ancak içerik ve yer sağlayıcı yurt içindeyse uygulanabileceğidir. Bu düzenlemenin, mahkemelernin ulusal yetkisi anlamında doğru olduğu söylenebilirse de içerik veya yer sağlayıcılardan herhangi birinin yurt dışında olması durumunda uygulanmasının mümkün

olmadığını ifade etmekte yarar vardır. Yasadaki "ve" bağlacından ulaşılan yorum bu yöndedir. Bu nedenle, yasadaki "ve" bağlacının "veya" olarak değiştirilmesinde yarar olabilir.

5651 Sayılı Kanun'un 3/1'inci maddesinde *"İçerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait İnternet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür."* şeklinde ifade yer almaktadır. Bu yükümlülüğün içerik ve yer sağlayıcıya ulaşmayı kolaylaştırdığı söylenebilir. Bu yükümlülüğe aykırı davranmanın aynı yasanın 3/2'nci maddesinde idari para cezası ile yaptırıma bağlandığı da gözetilmelidir. Ancak, 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesine göre yer ve içerik sağlayıcının her ikisinin de yurt içinde bulunması durumunda mahkeme tarafından erişim yasağı kararı verilecek olması, bunlardan herhangi birinin yurt dışında bulunması durumunda ise, yasanın 109'uncu maddesinde belirtilen *"izinsiz sermaye piyasası işleminin (web sitesi üzerinden) gerçekleştirilmesi"* suçunu işleyen web siteleri bakımından 6362 Sayılı Kanun'un 115/5'inci maddesinin göndermesi ile 109'uncu maddesinin uygulanabileceği ifade edilmelidir. (Biraz aşağıda bu tartışmaya değinilmiştir.)

İçerik ve yer sağlayıcı yurt dışında ise Kurul'un başvurusu üzerine BTK tarafından İnternet sitelerine erişim yasağı konacaktır. Hem SP Kurulu'nun hem de BTK'nın idari teşkilatlanma içerisindeki kurumlar olması, idari tedbir yoluyla İnternet sitelerine erişim yasağı konması anlamına geleceği için itiraz olanağının bulunmamasından ötürü eleştirilebilir. Her ne kadar bu olasılıkta idari yargıya başvurarak iptal talebinde bulunmak mümkün ise de bu yolun çoğu kez ağır işlemesi, hukuka aykırı şekilde konan erişim yasağı kararından doğabilecek mağduriyetleri arttırabilecektir.

Keza, yine bu olasılıkta BTK'nın erişim yasağı koymama yönünde takdir hakkı kullanması mümkün görünmemektedir. Zira yasada, SP Kurulu'nun başvurusu üzerine ilgili web sitesine erişim yasağı "konacağı" açıkça ifade edilmiştir. Ne var ki böyle bir durumda 5651 Sayılı Kanun'un 8/11'inci maddesinde belirtilen *"İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağ-*

layıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir." şeklindeki yaptırımın uygulanıp uygulanamayacağını da tartışmakta yarar vardır.

Bu olasılığa dayanılarak verilen erişim yasağı kararı bir idari tedbir niteliği taşıdığı için, 6362 Sayılı Kanun'nun 99/3'üncü maddesinde her ne kadar açıkça 5651 Sayılı Kanun'a göndermede bulunulmamış olsa dahi 5651 Sayılı Kanun md 8/11'deki yaptırımın erişim veya yer sağlayıcısı bakımından uygulanabileceği düşünülebilir. Ne var ki 5651 Sayılı Kanun md 8/11'de düzenlenen idari yaptırım ancak TİB tarafından 5651 Sayılı Kanun md 8/4'te belirtilen idari tedbir yoluyla verilen erişim yasağı kararına uyulmaması durumunda geçerli olmalıdır. Aksi halde, 6362 SK'nun 99/3'üncü maddesinde açıkça 5651 Sayılı Kanun'a atıf yapılmadığı halde, 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin kendiliğinden 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi bakımından da uygulanması gündeme gelir ki bu durumun "idarenin yasallığı" ilkesi ile de bağdaşmayacağı söylenebilir. Şu halde çözümün 6362 Sayılı Kanun md 99/3 hükmüne, aynı yasanın 115/5 maddesinde olduğu gibi 5651 Sayılı Kanun'a atıf yapan bir ek cümle konması olduğu yönündeki önerimizi yineliyoruz.

6362 Sayılı Kanun'nun "Yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri" başlığını taşıyan 115/5'inci maddesinde *"4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi, 109 uncu maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanır."* denerek açıkça 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine göndermede bulunulmuştur. Ne var ki bu gönderme yalnızca 6362 Sayılı Kanun'un 109'uncu maddesindeki suçlar için geçerlidir. Ayrıca ifade edilmelidir ki 6362 Sayılı Kanun'un 115/5'inci maddesi ile 5651 Sayılı Kanun'un 8/1'inci maddesinde sayılan katalog suçlara yeni bir suç daha eklenmiştir.

6362 Sayılı Kanun'un göndermede bulunulan 109'uncu maddesi *"Usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti"* başlığını taşımakta ve

bu suçu "*(1) Onaylı izahname yayımlama yükümlülüğünü yerine getirmeksizin sermaye piyasası araçlarını halka arz edenler ya da onaylı ihraç belgesi olmaksızın sermaye piyasası araçlarını satanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. (2) Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Bu kişiler, bu suçun icrası kapsamında aynı zamanda birinci fıkrada tanımlanan suçu da işledikleri takdirde, sadece bu fıkrada tanımlanan suçtan dolayı cezaya hükmedilir ve ceza yarı oranında artırılır."* şeklinde belirterek, yaptırımını ortaya koymaktadır.

Maddedeki düzenleme gereğince, yasanın 99/3'üncü maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, yer ve içerik sağlayıcılardan herhangi birinin yurt dışında bulunması durumunda yasada belirtilen *"izinsiz sermaye piyasası işleminin (web sitesi üzerinden) gerçekleştirilmesi"* suçunu işleyen web siteleri bakımından 6362 Sayılı Kanun'un 115/5'inci maddesinin göndermesi ile 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin uygulanması, başka bir deyişle, sadece 109'uncu maddede belirtilen suç bakımından TİB tarafından 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesindeki usule göre İnternet sitelerine erişim yasağı konabilmesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle, sadece 109'uncu maddede belirtilen suç için, soruşturma evresinde 5651 Sayılı Kanun'un 8/15'inci maddesi gereğince uzmanlık mahkemeleri tarafından karar verilebilmesi mümkündür. Ne var ki 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi gereğince verilecek olan kararların, aynı yasanın 116'ıncı maddesi gereğince özel olarak yetkilendirilmiş olan mahkeme tarafından verilecek olması, aynı yasada, benzer/aynı içerik taşıyan suçlara iki ayrı mahkeme tarafından bakılması açısından sakıncalıdır ve hak yitimlerine yol açabilir.

O halde, biraz yukarıda incelediğimiz 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesinin yasaya konuluş amacı nedir? Zira, hukukun genel ilkesi gereğince yasa koyucunun abesle iştigal etmemesi gerekir.

6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi, aynı yasanın 109'uncu maddesine göre daha genel bir düzenleme içermektedir. 115/5'inci maddesinin sadece yasanın 109'uncu maddesinde belirtilen suç bakımından

uygulanabileceği, bu uygulamada ise 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi hükümlerinin esas alınacağının belirtilmiş olması bu çıkarımı desteklemektedir. Nitekim 6362 Sayılı Kanun'un 99/3 maddesindeki *"İzinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin, İnternet aracılığı ile yürütüldüğü tespit edildiğinde"* şeklindeki ifade, İnternet üzerinden yürütüldüğü tespit edilen tüm izinsiz sermaye piyasası faaliyetleri için erişim yasağı tedbirine başvurulabileceğini anlatmaktadır. Şu halde, SPK kapsamında kalan ve 109'uncu maddenin dışındaki tüm izinsiz sermaye pisasası faaliyetlerinin İnternet üzerinden yürütüldüğünün tespit edilmesi durumunda 99/3'üncü maddesindeki düzenlemenin uygulanacağı söylenebilir.

6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesindeki düzenleme ile 115/5'inci maddesindeki düzenlemenin, tartışmaların önüne geçilmesi adına tek bir başlıkta birleştirilerek ve yasadaki belli suç/suçları kapsamı altına alarak yasanın 115/5'inci maddesi altında yeniden tanımlanmasının, 99/3'teki düzenlemenin ise tamamen yürürlükten kaldırılmasının hukuk güvenliği ile belirlilik ilkesi açısından daha sağlıklı bir yaklaşım olacağı ifade edilebilir. Aynı şekilde, birleştirilecek olan maddede, 5651 Sayılı Kanun'un 8/15'inci maddesi uyarınca yetkili olan uzmanlık mahkemesinin erişim yasağı kararı vereceği de hükme bağlanmalı, 116'ıncı maddeye de bu yönde bir ayrıksı hüküm konmalıdır.

3.2.6. Elektronik Haberleşme Kanunu'ndaki Düzenleme

5809 Sayılı EHK'da İnternet'e konan erişim yasakları konusunda açık bir düzenleme yer almamaktadır. Ne var ki uygulamada BTK, EHK'nın tam olarak hangi maddesine dayandığını gerekçe göstermeksizin, 21/12/2011 tarihli ve 2010/DK-08/699 no'lu Kurul kararında dayanarak İnternet sitelerine erişim yasağı koymaktadır. www.esd.net.tr adlı online satış ve pazarlama sitesine, BTK'dan gerekli izinleri almadığı için BTK tarafından belirtilen kurul kararına dayanılarak konan erişim yasağı buna örnektir. [Adı geçen İnternet sitesine erişim yasağı konduğu Bursa C. Başsavcılığı'nın 2012/10057 Soruşturma Bursa 16'ncı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2014/207 E. (Kapatılan

Bursa 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2013/719 E.) sayılı dosyasına BTK tarafından gönderilen 27.04.2012 T., B.11.6.BTK.061.641.02-26527/44891 sayılı yazısı ile anlaşılmıştır. Yazıda *"Konu ilgili olarak, Temmuz-Ağustos 2011 tarihlerinde İnternet üzerinden yapılan incelemeler neticesinde yetkilendirilmeksizin kısa mesaj hizmeti sunumunu yapan İnternet siteleri tespit edilmiş ve Kurumumuzca 04/08/2011 tarihinde 21/12/2011 tarihli ve 2010/DK-08/699 no'lu Kurul Kararı'na aykırılık teşkil eden söz konusu İnternet sitelerine yönelik erişimin engellenmesi kararı tesis edilmiştir. ESD NET ile ilişkili olan www.esd.net.tr adlı İnternet sitesi de 01/08/2011 tarihinde bu şekilde tespit edilmiş İnternet sitelerindendir. Dolayısıyla www.esd.net.tr sitesinde yasal olmayan hizmet sunumu, sitenin erişime engellendiği tarih öncesinde gerçekleştirilmiştir."* denerek BTK Kurul Kararı'na dayanılarak erişim yasağı konduğu ifade edilmiştir.]

EHK'nın İnternet'e erişim yasağı sonucuna yol açabilecek tek maddesi 9/12'inci maddedir. Bu nedenle, 5809 Sayılı EHK'nun 9/12'nci maddesindeki düzenlemeyi erişim yasakları açısından değerlendirmekte yarar vardır.

"Yetkilendirme Usulü" başlığını taşıyan EHK'nun 9/12'inci maddesi hükmü şöyledir: *"Bu madde hükümlerine aykırı olarak elektronik haberleşme tesisi kuran, işleten veya elektronik haberleşme hizmeti verenlerin tesisleri Kurumun talebi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılarak faaliyetlerine son verilir."*

Madde hükmünü değerlendirmeden önce, yasada elektronik haberleşme tesisi kavramının tanımlanıp tanımlanmadığını incelemekte yarar olduğu düşünülmektedir.

5809 Sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi "Tanımlar ve kısaltmalar" başlığını taşımaktadır. Bu madde incelendiğinde, "elektronik haberleşme tesisi" kavramının tanımlanmadığı görülmekle birlikte, "elektronik haberleşme" ve "elektronik haberleşme hizmeti" kavramlarının tanımlandığı görülmektedir.

Elektronik haberleşme kavramı, EHK'nun 3/1-h maddesinde "*Elektronik haberleşme: Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik,*

elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını,"; elektronik haberleşme hizmeti kavramı ise EHK'nun 3/1-j maddesinde *"Elektronik haberleşme hizmeti: Elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmının veya tamamının hizmet olarak sunulmasını ifade eder."* şeklinde tanımlanmıştır.

Bu iki kavramdan yola çıkarak, "elektronik haberleşme tesisi" *"Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması yoluyla elektronik haberleşme tanımına giren faaliyetlerin bir kısmını veya tamamını hizmet olarak sunan işletmeler"* olarak tanımlanabilir.

Yasadaki tanıma göre, bir İnternet sitesinin elektronik haberleşme tesisi olarak kabul edilebilmesi mümkün görünmektedir. Şu halde, EHK'nun 9/12'nci maddesine göre bir İnternet sitesine erişim yasağı konması mümkün müdür?

İncelenen EHK'nun 9/12'nci maddesinde yer *alan "Bu madde hükümlerine aykırı olarak elektronik haberleşme tesisi kuran, işleten veya elektronik haberleşme hizmeti verenlerin tesisleri Kurumun talebi üzerine ilgili mülki amirlerce kapatılarak faaliyetlerine son verilir."* şeklindeki düzenlemenin İnternet sitelerinin kapatılması için BTK'ya yetki vermediği düşüncesindeyiz.

Zira İnternet siteleri, yorum yoluyla da olsa EHK anlamında elektronik haberleşme tesisi olarak kabul edilebilirse de 9/12'nci madde, BTK'nın talebi üzerine ilgili mülki amirlik tarafından hizmet verenlerin tesislerinin kapatılacağını ifade ettiği için, bu kapatmanın fiilen bir işyerinin kapatılması olarak anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Zira, hukukumuzda bir İnternet sitesi üzerinde kapatma yetkisi ya savcılık ve mahkemelerdedir ya da (doğru olmamakla birlikte) BTK/TİB'dedir. Eğer yasada İnternet sitelerine erişim yasağı konacağı kastedilmiş olsa idi, yasakoyucu bunu madde metninde duraksamasız olarak belirtebilirdi. Bu husus yasa metnine açıkça yazılmadığına göre, BTK tarafından yasaya dayanmadan verilen erişim yasağı kararları

hukukilikten uzak olup, verilen kararların BTK kararına dayanıyor olsa dahi idarenin yasallığı ve kurallar kademelenmesi ilkeleri ile de bağdaşık olduğunu ifade etmek güçtür. Bu nedenle yasaya yetkisiz olarak elektronik haberleşme hizmeti sunan İnternet sitelerinin de BTK'nın başvurusu üzerine mahkemeler tarafından kapatılabilebileceğine ilişkin bir cümle eklenmesinde yarar olduğu düşünülebilir. Bu şekildeki bir düzenleme, BTK uygulamalarının yasal çerçeveye sokulması bakımından önemlidir.

Öte yandan, belirtilmelidir ki www.esd.net.tr adlı İnternet sitesinin kapatıldığından ve kapatılma nedeninden İnternet sitesinin sahibi haberdar edilmediği gibi, İnternet sitesi sahibine kapatma kararından yaklaşık iki yıl sonra EHK'nun 63/1'inci maddesine muhalefet gerekçesi ile de dava açılmıştır. (Bursa 16'ncı Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2014/207 E. (Kapatılan Bursa 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2013/719 E.) sayılı dosyası ile yürüyen dava 23.09.2015 tarihi itibarıyla derdesttir.)

Oysa, adı geçen İnternet sitesinin sahibi, web sitesinin içerisinde açmış olduğu kısa mesaj gönderim sayfasını aktif olarak kullanmış değildir. Web sitesinin tasarımı sırasında kısa mesaj sayfası açılmış ve sonradan hiç kullanılmadan o şekilde kalmıştır. Başka bir deyişle, "verilen bir hizmet" söz konusu değildir.

Ne var ki BTK yaptığı araştırma neticesinde adı geçen web sitesine ve yetkilisine ulaşmış; bu kişi hakkında da savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur. BTK, bu tür işlerde web sitesi yetkililerine ulaşabildiğine göre, öncelikle uyar-kaldır yöntemi ile hukuka aykırılık konusunda web sitesi yetkilisine gerekli bildirimi yapmalı, mevzuat gereğince alınması gereken izinler konusunda ilgiliyi bilgilendirmeli, bu bildirime rağmen ihlal devam ederse savcılıklara suç duyurusunda bulunmalıdır. Yasada uyar-kaldır sisteminin düzenlenmesi konu hakkındaki mağduriyetlerin önüne geçebilecek, bir unutkanlık sonucunu taşıyan, kötüniyet ve kasıt olmayan durumlarda da web sitesi yetkililerinin cezai soruşturmalara maruz kalmamasını sağlayıp, kişilerin "lekelenmeme hakları"nın korunmasına vesile olabilecektir. Keza, adı geçen suç ön ödemeye tabi olsa da şikayete tabi değildir. (*"Önödeme, kanunlarda belli bir miktarda ceza öngörülen suçlardan birini işleyen kişinin*

savcı veya hakim tarafından belirlenen bir parayı belli bir süre zarfında Devlet hazinesine ödemesi durumunda, hakkında kamu davası açılmaması, açılmış ise ortadan kaldırılması sonucunu doğruan bir kurumdur." Özgenç, 2014, 659). Bu nedenle, TİB tarafından şikayetten vazgeçilse dahi dava kamu davası olarak yürüyecektir. Şu halde, yasaya öncelikle uyar-kaldır benzeri bir düzenleme konması, doğabilecek mağduriyetlerin önlenmesi bakımından önemlidir.

3.3. Erişim Yasaklarının Türk İdare Hukuku Açısından Görünümü

3.3.1. İnternet'in Kamu Hizmeti Niteliği

Kamu hizmeti, kavramsal olarak organik ve maddi anlamda kullanılabilir. Organik anlamda kamu hizmeti Anayasa'nın 70'inci maddesi anlamında bir teşkilatı, bir organizasyonu, bir örgütü ifade etmekteyken; maddi anlamda kamu hizmeti ise kamu yararına yönelik bir eyleme işaret etmektedir. [Geniş ve detaylı bilgi için bkz Gözler, 2009/2, 251; aynı yönde bkz Günday, 2011, 330)]. Başka bir deyişle, organik anlamdaki kamu hizmetinden kasıt, hizmetin mutlaka klasik anlamdaki idari kuruluşlar tarafından yürütülmesidir. (Günday, 2011, 331). Bu yönüyle, maddi anlamdaki kamu hizmetinin (işlevsel) fonksiyonel kamu hizmeti olarak tanımlanabilmesi mümkündür. (Gözler, 2009/2, 251). Ne var ki günümüzde maddi anlamdaki kamu hizmeti ölçütünün de kamu hizmeti kavramını tam anlamıyla açıklamaya yetmediği söylenebilir. Artık günümüzde niteliği gereği kamu hizmeti sayılan bir faaliyet bulunmamaktadır. (Günday, 2011, 331; aynı yönde Gözler, 2009/2, 262)

Gözler'e göre kamu hizmetini, bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen, kamu yararı amacına yönelik faaliyet olarak tanımlamak mümkündür. (Gözler, 2009/2, 253)

Günday ise kamu hizmetini *"Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetimi ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir"* şeklinde tanımlamaktadır. (Günday, 2011, 332)

Sıddık Sami Onar, kamu hizmetini *"Devlet veya diğer âmme hükmi şahısları tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları altında umumi ve*

kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, âmme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma arzedilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler" olarak tanımlanmıştır. (Onar, 1960/2, 13)

Yüksek yargı da kamu hizmetini Onar'ın tanımına göre ifade etmeyi yeğlemektedir.

Danıştay İDDGK, 03.10. 1996 T., 1996/79 E., 1996/83 K sayılı kararında kavramı *"Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimi altında, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdendir."* şeklinde tanımlamaktadır. [Danıştay İDDGK'nun 03.10. 1996 T., 1996/79 E., 1996/83 K sayılı kararı http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (Erişim Tarihi:15.03.2015)]

AYM, 28.05.1995 T, 1994/71 E., 1995/23 K sayılı kararında, kavramı Danıştay'ınkine benzer biçimde tanımlayarak *"köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir."* demiştir. [AYM'nin 28.05.1995 T, 1994/71 E., 1995/23 K sayılı kararı http://www. kararlaryeni. anayasa. gov.tr / Karar/Content/e17f7052-45cc-4b4b-9c34-a46e795e5724?ExcludeGerekce=False&wordsOnly=False (Erişim Tarihi:15.03.2015)]

AYM, benzeri şekilde sağlık hizmetinin, radyo ve televizyon yayıncılığının ve diğer bazı hizmetlerin kamu hizmeti olarak kabul edildiğini karara bağlamıştır. [AYM'nin 19.04.1988 T., 1987/16 E., 1988/8 K. sayılı kararı http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (Erişim Tarihi:15.03.2015). AYM'nin 19.05.1990 T., 1989/9 E., 1990/8 K. sayılı kararı http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/58b662b9-53d1-42f5-b1ab-1ff2c70500c8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (Erişim Tarihi: 15.03.2015). Gözler, yüksek yargının bu tanımını *"Anayasa Mahkemesinin bu tür kararları yanlıştır. Bir faaliyet niteliği gereği kamu hizmeti olamaz. Bir*

faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığına karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesine değil, yasama organına aittir. Anayasa mahkemesi yasama organına ait olan bir yetkiyi gaspetmektedir." diyerek eleştirmektedir. Gözler, 2009/2, 266. Keza Onar da kamu hizmetlerinin ancak kanun, tüzük, yönetmelik gibi nesnel hukuk kuralları ile oluşturulabileceğini şöyle ifade etmektedir: *"Âmme hizmetlerinin bu mahiyeti bunların ancak kanun, nizamname, talimatname gibi objektif hukuk kaideleri ile tanzim edilebileceğini gösterir."* (Onar, 1960/2, 20)]

Şu halde, kamu hizmeti yüksek yargı içtihadı gereğince *"toplumun ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler"* şeklinde tanımlanmıştır.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesinin ilk koşulu, o faaliyetin yasada kamu hizmeti olarak tanımlanmasıdır. Eğer o faaliyet yasada kamu hizmeti olarak tanımlanmışsa sorun yoktur; o hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak bir faaliyet yasada kamu hizmeti olarak tanımlanmış değilse, o faaliyetin yürütülmesi için kamulaştırma, ceza kesme veya tekel kurma gibi kamusal yetki ve usullerin yanı sıra, bu faaliyetin yürütülmesine ilişkin olarak yapılacak olan sözleşmelerde özel hukuku aşan kayıt ve şartların bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Buna göre yapılacak olan bir değerlendirmede, adı geçen ölçütlerden birinin veya birkaçının o faaliyette bulunduğu kanısına varılacak olursa, o hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edildiğini söylemek mümkün olabilir. (Günday, 2011, 333)

Buna göre, bir hizmetin kamu hizmeti olarak kabul edilebilmesi için o hizmetin süreklilik (kesintisizlik) ve düzensizlik; değişkenlik, nesnellik (tarafsızlık) ve eşitlik ile bedelsizlik ilkelerine tabi olup olmadığına bakılmalıdır. [Günday, 2011, 334-337; Ayrıca bkz Yıldırım/ Yasin/ Karan/ Özdemir /Üstün/Okay Tekinsoy, 2011, 652-662. Onar'a göre kamu hizmetinin dört ana ögesi vardır: *"Âmme hizmeti şu karakterleri haizdir: 1- Devlet veya diğer âmme hükmi şahısları tarafından veya bunların nezaret veya murakabaları altında kurulan ve işliyen bir teşebbüs olması; 2-Umumi ve kollektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek ve âmme menfaati sağlamak*

için kurulmuş bulunması; 3- Umuma arzedilmiş olması; 4- Devamlı ve muntazam bir şekilde işlemesi" (Onar, 1960/2, 14)]

Kamu hizmetinin sunumunda tarafsız (yansız ve nesnel) olunması da gerekmektedir. Tarafsızlıktan kasıt, kamu hizmetinden yararlanma hakkı olan herkese bu hizmetin dil, renk, cinsiyet, ırk, siyasi düşünce düşünce, dini inanç ve kanaat ayrımı yapılmaksızın sunulmasını ifade eder. Tarafsızlık, aynı zamanda bireylerim kamu hizmetlerine katılması durumunda da geçerlidir. [*"İdare bir âmme hizmetini ifa ederken müşterisini dilediği gibi seçemez, o hizmeti müsavi şartla altında umuma arz eder ve bu şartları haiz olan bütün fertler de bu hizmetten istifade ederler. Bu istifade ferdin umumi haklarındandır. İdare, ferdin bu hakkını hususi bir müteşebbis gibi tahdit edemez."* (Onar, 1960/2, 16).Günday, 2011, 336]

Nitekim bu ilke, Danıştay 12'nci Dairesi'nin 22.02.2006 T., 2004/ 4382 E., 2006/539 K. sayılı kararında *"İdare hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, "ayrımcılık yapmama" yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır."* denerek özetlenmiştir. [Danıştay 12'nci Dairesi'nin 22.02.2006 T., 2004/ 4382 E., 2006/539 K. sayılı kararı http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (Erişim Tarihi:15.03.2015)]

Süreklilikten kasıt ise, sunulan kamu hizmetinin içerik ve yoğunluk bakımından bir istikrar içerisinde sürdürülmesini ifade etmektedir. Yoksa, hizmetin (sağlık, ulaşım, su, telefon, elektrik, İnternet gibi belli hizmetler dışında) zaman yönünden kesintisiz şekilde sunulması gerekmez. (Yıldırım/ Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, 2011, 654)

Kamu hizmetleri, çağın gereklerine uyarlanmalı ve çağın getirdiklerine göre yeni biçimlere bürünebilmelidir. (Onar, 1960/2, 20). Buna kamu hizmetlerinin uyarlanması (değişebilirliği) özelliği adı verilmektedir. (Gözler, 2009/2, 304). Uyarlama ilkesi gereğince, verilen kamu hizmetinden yararlanan kişi sayısı arttıkça, verilen hizmetin doğru ve etkin biçimde sunulmasının

sağlanması için birtakım ek önlemlerin (araç, servis sağlayıcı sayısının arttırılması veya kapasite yükseltilmesi gibi) alınması da gerekecektir. (Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, 2011, 654)

Kamu hizmetinin bir diğer özelliği ise ücretsiz oluşudur. Ancak ücretsizlikten, tüm kamu hizmetlerinin bila bedel sunulacağı şeklinde bir anlam çıkarmamak gerekmektedir. Zira, bazı kamu hizmetlerinden yararlanan kişilerden hizmetin maliyetini karşılamaya yetecek oranda ücret alınabilir. (Günday, 2011, 336). Ancak bu ücretin, hizmetin niteliklerine ve hizmetten yararlananların mali güçlerine göre alınmasına dikkat etmek gerekir. Ayrıca maksat kâr elde etmek olmamalıdır. (Onar, 1960/2, 18)

AYM, kamu hizmetlerinin ücretsizliğinin mutlak anlamda anlaşılamayacağına, 19.4.1988 T., 1987/16 E., 1988/8 K. sayılı kararında *"Çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin, sosyal devlet olmanın gereği, parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiştir. Kamu hizmetlerinin karşılığı olarak, yararlananlardan kullanım oranlarına ve ödeme güçlerine göre ücret alınabileceği kabul edilmektedir. Böylece, bu hizmetlerden yararlananlarla yararlanmayanlar arasındaki eşitsizlik giderilmiş olmaktadır."* diyerek işaret etmiştir. [AYM'nin 19.04.1988 T., 1987/16 E., 1988/8 K. sayılı kararı http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (Erişim Tarihi:15.03.2015)]

Zorunlu kamu hizmetlerinden olan sağlık hizmetinde dahi, hizmetten yararlanan kişilerden, mali güçleri oranında bedel alındığına göre, sınai ve ticari kamu hizmetlerinin bila bedel sunulmasının kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. (Gözler, 2009/2, 342). Şu halde, İnternet hizmetinden yararlananlardan bu hizmetin karşılığında belli bir bedelin alınması mümkündür.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında şu soru sorulabilir: İnternet bir kamu hizmeti midir?

Türkiye'de İnternet hizmeti, başta TTNET olmak üzere pek çok farklı şirket tarafından sunulmaktadır. Ancak piyasada hakim konumda olan şirket

TTNET'tir. TTNET, Superonline ve Turksat Kablonet dışındaki diğer şirketler, genellikle TTNET'in İnternet altyapısı üzerinden hizmetlerini aktarmaktadırlar.

Bu şirketler artık özelleştirilmiştir. Ne var ki şirketlerin özelleştirilmiş olması, İnternet erişiminin bir kamu hizmeti olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zira, devletin öncelikle İnternet hizmetinin sürekliliğini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durum, bizatihi kamu hizmetlerinin devamı için de gereklidir.

Mahkemelerin, icra dairelerinin ve savcılıkların kamu hizmetlerini yürütebilmesi için İnternet hizmetine zorunlu olarak gereksinim duydukları söylenebilir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, Türkiye'deki tüm mahkeme ve savcılıklar UYAP sistemi üzerinden birbirlerine dosya ve yazı gönderebilmekte, duruşma tutanakları bu sisteme kaydedilmekte, dosyalara giren her evrak, taranarak sanal ortama aktarılmaktadır.

Avukatlar, dosyalarını UYAP üzerinden kendilerine ait şifre ve elektronik imza ile görüp, tüm işlemlerini UYAP üzerinden gerçekleştirebilmektedir. Hatta, UYAP üzerinden dava açılması, dosyalara harç yatırılması da mümkündür.

Tapu müdürlükleri, emniyet birimleri, Sosyal Güvenlik Kurumu gibi kamu kurum ve kuruluşları ile mahkemeler, icra daireleri ve savcılıklar UYAP üzerinden birbirlerine bağlanarak gerekli bilgi ve belgeleri anında iletebilmektedirler. Hatta çoğu kez belgeler yalnızca sanal ortamda e-imzalı şekilde paylaşılmakta, ayrıca fiziken gönderilmemektedir.

Keza, e-devlet uygulamaları gereğince bireylerin kendilerine özel şifreleri, mobil veya elektronik imzaları ile devletin çeşitli uyulamalarına bağlanarak, sürücü ceza puanı, cep telefonu IMEI bilgisi, sabıka kaydı, öğrenci belgesi, vergi borcu yoktur yazısı alması da mümkündür. Öyle ki bazı kamu kurum ve kuruluşları artık bazı hizmetleri fiziki olarak sunmamakta, e-devlet üzerinden sunmaktadır. [https://www.turkiye.gov.tr/hizmetler (Erişim Tarihi: 17.03.2015)]

Maliye Bakanlığı da Adalet Bakanlığı gibi vergi beyannamelerinin İnternet üzerinden gönderilmesini zorunlu tutmaktadır.

Keza Sağlık Bakanlığı, ilaçların takibini ve ilaç farklarının ödenmesine ilişkin işlemleri de sanal ortamda takip etmektedir.

Üniversitelerin pekçoğunda, başvuru, kayıt yenileme ve ders seçim işlemleri yalnızca İnternet üzerinden yapılmaktadır.

Kamu kurum ve kuruluşları, İnternet üzerinden gelen bilgi edinme başvurularını sonuçlandıracak birimleri de kurmaktadırlar. (Kaya, 2005, 230)

Kalkınma Bakanlığı tarafından hazırlanan 2015-2018 yılı Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı gereğince, fiber İnternet maliyetlerinin düşmesi sonucunda artık yeni yapılacak her eve İnternet hattı çekilmesi zorunluluğu getirilmiştir. [http://www.sozcu.com.tr/2015/teknoloji/yeni-binaya-İnternet-zorunlulugu-geliyor-764501/ (Erişim Tarihi:17.03.2015)]

Görüldüğü üzere, İnternet'e erişim, kamu kurum ve kuruluşlarındaki işlemlerin yürütülmesi için bir zorunluluk halini almıştır. Bu cümleden olarak, ilgili kamu kurum ve kuruluşundan hizmet almak isteyen gerçek veya tüzel kişiler de bu hizmetlere ancak İnternet bağlantısı ile ulaşabilmektedir. Şu halde, devletin İnternet hizmetini kesintisiz ve sürekli olarak sağlamak için gereken her türlü altyapıyı kurma, işletme/işlettirme yükümlülüğü olduğu söylenebilir.

İnternet erişimi, kamu hizmetlerine ulaşmak bakımından bir zorunluluk olduğuna göre, erişim hakkının herkese eşit olarak sağlanması da gerekmektedir. İnternet erişiminden, hizmet bedelini ödemek kaydı ile herkes, ırk, cins, renk, din, siyasi görüş gibi nedenler gözetilmeksizin yararlanma hakkına sahiptir.

Gelişen teknolojiye göre devletin İnternet hizmetinin sunulması, hızının ve kalitesinin arttırılması için gereken altyapı çalışmalarını yapması da bir zorunluluktur.

Nitekim 5369 Sayılı Evrensel Hizmet Kanunu'nda da İnternet hizmeti bir kamu hizmeti olarak kabul edilmiştir. (Daha geniş bilgi için bkz Yıldırım / Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, 2011, 646-648). Gerçekten de 5369 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde İnternet hizmeti "evrensel hizmet" olarak kabul edilerek şöyle tanımlanmıştır:

> *"Evrensel hizmet: (Değişik: 5809 - 5.11.2008 / m.67/6-b) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından*

bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, İnternet erişimi de dahil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetleri ifade eder."

Keza 5369 Sayılı Kanun, İnternet hizmetinin sürekli, kaliteli ve kabul edilebilir bir fiyatla herkesçe erişilebilir olması gerektiğini, devletin bunu sağlamakla yükümlü olduğunu, "İlkeler" başlıklı 3'üncü maddesinde şöyle ifade etmektedir:

"İlkeler

Madde 3.- Evrensel hizmetin sağlanmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde aşağıdaki ilkeler göz önüne alınır:

a) Evrensel hizmetten, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşayan herkes, bölge ve yaşadığı yer ayırımı gözetilmeksizin yararlanır.

b) Evrensel hizmet, fert başına gayrisafi yurt içi hasıla tutarı da göz önünde bulundurularak karşılanabilir ve makul fiyat seviyesinde sunulur.

c) Düşük gelirliler, (Değişik ibare : 6462 - 25.4.2013 / m.1/68) "engelliler", ve sosyal desteğe ihtiyacı olan grupların da evrensel hizmetten yararlanabilmesi için uygun fiyatlandırma ve teknoloji seçeneklerinin uygulanabilmesine yönelik tedbirler alınır.

d) Evrensel hizmet, önceden belirlenmiş hizmet kalitesi standartlarında sunulur.

e) Evrensel hizmetin sunulmasında ve ulaşılmasında devamlılık esastır."

"a" ve "c" bendindeki ilkenin kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik, "b" bendindeki ilkenin kamu hizmetlerinde bedel; "d" bendindeki ilkenin kamu hizmetlerinde uyarlama, "e" bendindeki ilkenin ise kamu hizmetlerinde süreklilik ilkesine karşılık olduğu söylenebilir. (Yıldırım/Yasin/ Karan/Özdemir/Üstün/Okay Tekinsoy, 2011, 648)

5369 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde İnternet'in kamu hizmeti olduğu açıkça şöyle ifade edilmektedir:

"Evrensel hizmetin kapsamı

Madde 5.- Evrensel hizmet;

a) Sabit telefon hizmetlerini,

b) Ankesörlü telefon hizmetlerini,

c) Basılı veya elektronik ortamda sunulacak telefon rehber hizmetlerini,

d) Acil yardım çağrıları hizmetlerini,

e) (...) (*) İnternet hizmetlerini, kapsar."

AYM de İnterneti bir kamu hizmeti olarak görmektedir. Mahkeme, son dönemde Twitter hakkında verdiği 02.04.2014 T., 2014/3986 B., Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. sayılı kararında ve 5651 Sayılı Kanun'un 8/16'ncı maddesinin iptali hakkında verdiği 02.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K**.** sayılı kararlarında İnternet'in kişilerin bilgilerini paylaşma, açıklama ve yaymaları için vazgeçilmez nitelikte olduğunu ifade ederek, İnternet'in bir kamu hizmeti olduğunu zımnen de olsa şu ifadelerle vurgulamıştır:

"39. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternet'in sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen İnternet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır." (aynı gerekçe Youtube kararı, p.52) [AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı http:// www. kararlaryeni. anayasa.gov. tr/Bireysel Karar/

Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False (Erişim Tarihi:16.04.2014). AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. sayılı kararı http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (Erişim Tarihi:17.06.2014) AYM'nin 02.10.2014 T., 2014/149 E., 2014/151 K. sayılı kararı http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-928340dade21b8a4?ExcludeGerekce=False&wordsOnly=False (Erişim Tarihi: 09.03.2015)]

Tüm bu veriler ışığında İnternet erişiminin bir kamu hizmeti olduğu söylenebilir. Kamu hizmeti gerekliliklerinin, yeniçağın gereklerine uyarlanarak İnternet açısından da uygulanması gerekmektedir.

3.3.2. Kolluk Faaliyeti Olarak İnternet Alanı

Kolluk, idare gücünün zorlayıcılık ve silah unsuru olarak tanımlanabilir. (Onar, 1960/2, 1094; Kolluk hakkında geniş bilgi için bkz Gözler, 2009/2, 477 vd.)

İdari kolluk, idarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak için giriştiği tüm faaliyetlere verilen genel addır. (Günday, 2011, 289). Kamu düzeninin sağlanması ve toplum huzurunun korunması, devletin kolluk teşkilatının ve bu teşkilat mensuplarının varlık nedenidir. (Bulduk, 2014, 150). Kamu düzenini bozmaya yönelecek olan tehditler, idari kolluk işlemlerinin gerekçesini oluşturmaktadır. Bu nedenle, tehlikelerin ciddiyeti ve boyutuna göre yasal önlemlerin çerçevesi çizileceği gibi, kamu düzenini bozmaya yönelen gerçek tehdidin verilerine göre, zamana ve yere ilişkin koşullar da dikkate alınarak idari kolluk işlemlerinin tesis edilmesi gerekmektedir. (Bulduk, 2014, 146)

Onar'ın deyişi ile:

> *"Mani Zabıta veya idari zabıta maddi nizamı bozacak hareketleri önlemek, cemiyet içinde nizam ve intizamı muhafaza etmek gayesini takip eden zabıtadır. Bu zabıta tamamiyle idari makamların emri altında bulunmak itibarıyle idari zabıta adını taşır ve idare kudretinin unsurunu ve vasıtasını teşkil eder."* (Onar, 1960/2, 1096)

İdare, kolluk faaliyetleri ile bireylerin ve topluluklarının toplum içindeki tutum ve davranışlarını, uğraş ve faaliyetlerini denetlerken temel hak ve özgürlükleri de gerektiğinde sınırlandırabilir. (Günday, 2011, 289). Ne var ki idari kolluğun eylem ve işlemlerinde, bu işlemlerin yürütülmesi bakımından ölçülülük ilkesine uygun davranması önem taşımaktadır. Zira, kolluk makamları kamu düzeninin korunması amacıyla birtakım önlemler almakta, alınan bu önlemler ise bireylerin Anayasa ile teminat altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırabilmektedir. Bundan ötürü kolluk etkinliklerinin ölçülülük ilkesine uygun biçimde yürütülmesi önem taşımaktadır. (Bulduk, 2014, 28)

İdari kolluğun önleyicilik görevi olduğu söylenebilir. (Gözler, 2009/2, 478; Yıldırım/Yasin/Karan/Özdemir/Üstün/ Tekinsoy, 2011, 689). İdari kolluk, bu görevi kapsamında tek yanlı olarak eylem ve işlemde bulunabilir. (Gözler, 2009/2, 490). İdari kolluğun doğrudan doğruya ve tek yanlı olarak yaptırım uygulayabilme yetkisinden ötürü, idari kolluğun cezalandırıcılık işlevinin bulunduğu da söylenebilir. (*"Bu iki nevi zabıta arasında fonksiyon bakımından esaslı bir fark vardır. Hatta bazılarına göre bunları aynı kelime ile göstermek de yanlıştır."* (Onar, 1960/2, 1096); Yıldırım/Yasin/Karan/ Özdemir /Üstün/Tekinsoy, 2011, 689). Öte yandan, idari kolluğun işlemlerinde çıkacak olan ihtilaflar idare hukuku ilkelerine göre çözülür. (Gözler, 2009/2, 483). Bundan ötürü, ihtilafların çözüm yeri de (tam yargı ve iptal davası bakımından) idari yargıdır. [Buna karşın adli kollukla ilgili uyuşmazlıklar adli yargıda çözülür. Ayrıca, adli kolluk suç sonrasında suçluya ve delillere ulaşmak amacıyla işlev görürken, idari kolluk suçun ortaya çıkmasını ve kamu düzeninin bozulmasını önleme amacıyla devinir. (Diğer ayrımlar ve detaylı açıklama için bkz Gözler, 2009/2, 483 vd.). *"Adli zabıta suç faillerini aramak, tevkif etmek ve mahkemeye teslim etmek gibi ceza zecri ve tenkili tekaddüm eden ameliyelerden ibaret olduğu halde idari zabıtaların cezai müeyyidelere taalluk eden takiplerle hiçbir alakası yoktur ve idari zabıta bu sahanın dışında kalır. Bu zabıtanın faaliyet mevzuu, maddi nizamın devamını teminden ibarettir."* (Onar, 1960/2, 1096)]

Kolluk makamlarının temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı mahiyette alacağı kararlarda, başvurulan tedbirin sağlayacağı yarar ile kısıtlanan hak ve özgürlükler arasında denge sağlanması önem taşımaktadır. Bu dengenin oluşturulmasında ihlal edilen özgürlüğün önemi ve değeri, ihlalin ağırlık derecesi ve kamu düzeninin ne boyutta tehdit edildiği önemli ölçütler arasındadır. (Bulduk, 2014, 28)

İnternet'in de idarenin faaliyet alanı kapsamında kaldığı, BTK/TİB tarafından idari tedbir olarak konan erişim yasakları ve idari para cezaları değerlendirildiğinde görülmektedir. [(TİB'in bu yetkisini RTÜK'ün yaptırım yetkisine benzetebiliriz. RTÜK'ün yaptırım uygulama yetkisi, genel cezalandırma yetkisine yakın bir işlem olduğu için ceza hukukunda geçerli olan ilkelerin RTÜK (ve TİB) açısından da uygulanması gerekir. (Aynı yönde Akıncı, 1999, 192)]. Bu yönüyle, İnternet üzerinde idarenin idari kolluk yetkisini kullandığı söylenebilir. Bu anlamda, TİB'in özel idari kolluk kapsamında yetki kullandığını ifade etmek mümkündür.[Ancak AYM, TİB'in ne bir bağımsız idari otorite ne de adli veya idari kolluk olduğu görüşündedir:*"Türkiye'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle yükümlü TİB'in oluşturulmasındaki temel amaç, iletişimin izlenmesi ve tespit edilmesi uygulamalarında yetkileri merkezileştirmektir. 5651 sayılı Kanun'a göre TİB, İnternet içeriğinin izlenmesi/denetlenmesi ile hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişim engelleme kararlarının uygulanmasından sorumludur. Ayrıca TİB, Türkiye'de barındırılan belli bazı İnternet içeriklerine ve 8. maddede sayılan suçlar bağlamında Türkiye dışında barındırılan içeriğe erişimi, bazı suçlar yönünden idari kararla engelleme yetkisine de sahiptir. TİB'in ayrıca İnternetteki içerik izleme sistemlerinin yapısı, zamanlaması ve yöntemlerini, filtreleme, engelleme ve izleme için kullanılacak yazılım ya da donanımın üretimine ilişkin asgari ölçütleri belirleme yetkisi de vardır. Ancak TİB gerek kuruluş mevzuatı gerekse de bu Kanun kapsamında yürüttüğü görevler bakımından ne bir regülasyon otoritesi ne de bir adli ve idari kolluktur."* http: //www. kararlaryeni. anayasa. gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-928340dade21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (Erişim Tarihi: 09.03.2015) (AYM'nin 2.10.2014

T., 2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararından alınmıştır.) *"Genel idari kolluk ile özel idari kolluk arasındaki asıl farklılık konu itibarıyla yetki unsuru bakımındandır. Konu itibarıyla genel idari kolluk, bütün beşeri faaliyetler hakkında yetkilidir. Özel idari kolluk ise sadece belirli bir tür faaliyet hakkında yetkilidir. Dolayısıyla genel idari kolluk bütün herkes üzerinde yetkili iken, özel idari kolluk ancak belirli bir tür faaliyeti icra eden kişiler üzerinde yetkilidir."* (Geniş bilgi için bkz Gözler, 2009/2, 494 vd.). *"Hususi zabıta veya hizmet zabıtası: Muhtelif hizmet sahalarında vazife gören, yani faaliyet sahası hizmetle mahdut bulunan zabıtadır: Demiryolları, hava, sağlık, orman, av, gümrük, maden, hudut zabıtası gibi….Hususi zabıta veya hizmet zabıtası ifa vasıtası olduğu hizmetlerin kanunlarına ve kaidelerine tabidir."* (Onar, 1960/2, 1097)]

Ayrıca, 6362 Sayılı SPK'nun 99/3'üncü maddesi gereğince de kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olan SP Kurulu'nun da İnternet üzerinde erişim yasağı uygulama yetkisi olduğu görülmektedir. Aynısını, 633 Sayılı Kanun'un 6/6-7'inci maddesi kapsamında Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı Mushafları Değerlendirme ve Kıraat Kurulu ve 5809 Sayılı EHK'nun 9/12'nci maddeleri açısından da söylemek mümkündür.

Her ne sebeple olursa olsun ve hangi yasal düzenlemeye dayanırsa dayansın, bir bürokratik kuruma kimseyle bağlantıya geçmeden ve kimseye savunma hakkı tanımadan veya bir yerde ilan etmeden İnternet'e erişim yasağı koyma yetkisi tanınmasının Anayasa'yla pek bağdaşık olduğu söylenemez.[Aynı sakıncalı durum 5651 Sayılı Kanun kapsamında mahkemeler ya da savcılıklar tarafından konan erişim yasağı kararları bakımından da geçerlidir. Muhatabın savunması alınmadan İnternet sitesine erişim yasağı konması ciddi hak yitimlerine yol açabilmektedir. TTK'nun 58'inci maddesindeki çözümün 5651 Sayılı Kanun bakımından da getirilmesinde yarar vardır. Ayrıca bkz Akgül, 2008, 363)]

Bu sakıncalı durumun örneği Twitter'a konan erişim yasağında yaşanmıştır. TİB, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 7/3/2014 tarih ve 2011/762, Samsun 2'nci Sulh Ceza Mahkemesinin 4/3/2014 tarih ve 2014/223,

İstanbul Anadolu 5'inci Sulh Ceza Mahkemesinin 18/3/2014 tarih ve 2014/181 ve İstanbul Anadolu 14'üncü Asliye Ceza Mahkemesinin 3/2/2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararlarına istinaden koruma tedbiri kararı uygulamış ve Twitter.com adresine ulaşım engellenmiştir. [Bilgi, AYM'nin 02.04.2014 T., 2014-3986 başvuru sayılı kararı, paragraf 9'dan alınmıştır. (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False). (Erişim Tarihi:16.04.2014)]

Ayrıca TİB, erişimi engellenen Twitter.com adresine kullanıcıların DNS ayarlarını değiştirilerek girdiğinin tespit edilmesi üzerine Google DNS adreslerine erişimi de engellemiştir. [Bilgi, AYM'nin 02.04.2014 T., 2014-3986 başvuru sayılı kararı, paragraf 10'dan alınmıştır. (http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False). (Erişim Tarihi:16.04.2014)] Öte yandan Youtube da TİB tarafından "idari tebdir" uygulanarak erişime kapatılmıştır. [http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/26098756.asp (Erişim Tarihi:11.04.2014)]

TİB'in yönetsel mahkemenin, Youtube adlı site hakkında alınan kararın yürütmesini durdurmasına rağmen bu kararı uygulamamasının idarenin sorumluluğunu gerektireceği söylenebilir. Öte yandan, hem Twitter hem de Youtube kararları incelendiğinde, TİB'in her iki şirketten de Türk mahkemelernin kararlarının yurt dışında da uygulanması yönünde bir "beklenti" içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, Türk mahkemelerinin yetkisi Türkiye ülke sınırlarıdır. [Mahkemelerin de TİB gibi, kararlarının Türkiye dışında da uygulanmasını istediği görülmektedir. Bir örnek olarak Youtube hakkında Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 05.05.2008 T., 2008/402 D.İş sayılı kararı verilebilir. Bu kararda, Youtube tarafından sitenin Türkiye sürümünden erişilmesi engellenen 4 video için, Youtube'un yurt dışı sürümlerinden aynı videolara ulaşılabildiği gerekçe gösterilerek Kerem Altıparmek ve Yaman Akdeniz'in itirazları reddedilmiştir. Başka bir deyişle, kararla sulh ceza mahkemesi, Youtube üzerindeki bir videoya Türkiye'den erişim engellenmiş olmasına rağmen, yurt dışından erişim sağlanabildiği

gerekçesiyle kendi yetkisinin ülke sınırlarını aştığını zımnen de olsa ifade etmiştir. (Akdeniz ve Altıparmak, 2010, 27). *"Etki ilkesi gereğince uluslararası bir olay hakkında bu olayın etkisini gösterdiği devletin egemenlik yetkisinin bulunduğu kabul edilir. Başka bir deyişle, içerik sağlayıcının etki ilkesi gereğince her devletin hukukuna uygun yayın yapması gerekecektir. Aksine bir durum, yayını kendi hukuk kurallarına aykırı olarak gören her devlete o yayını durdurma hakkı tanıyacaktır. Etki ilkesi Almanya'da uygulanmıştır."*(Söyler, 2013, 58)]

3.1.3. İdari Sorumluluk Nedeni Olarak ErişimYasakları

3.1.3.1. İdarenin Erişim Yasaklarından Doğan Sorumluluğunun Niteliği

İdari sorumluluk, idarenin bireylere veya bireylerin hak ve özgürlüklerine verdiği zararlardan doğan sorumluluktur.

İdari sorumluluğun değişik türleri olduğu söylenebilir. Buna göre idari sorumluluk, kusur esasına dayanabileceği gibi, kusursuz sorumluluk esasına da dayanabilir. Bu bağlamda, kamu görevlisinin görevi ile ilgisi olmayan ya da dolaylı olarak ilgisinin olduğu kusuruna "kişisel kusur" adı verilirken, kamu görevlileri tarafından yapılan, yönetime ve yürütülen hizmetlere ilişkin, "görevin ifasından ayrılamaz nitelikte bulunan" kusurlu davranışlara ise, yönetimin sorumluluğunu gündeme getirdiği için "hizmet kusuru" adı verilir. [Onar'ın tasnifine göre idari sorumluluk türlerinin başlıcaları fiili yol, hizmet kusuru, hasar (risk) kuramı, sebepsiz iktisap sebebine dayanan tazminat sorumluluğu, hakkaniyet ve nasfet (hukuki müsavat) esasına dayanan sorumluluktur. (Onar, 1960/2, 1296 vd.). Hizmet kusuru tanımı için bkz Gözler, 2009/2, 1131 vd.]

İdari sorumluluk türlerinin kısaca incelenmesi durumumda, TİB'in İnternet üzerindeki yetkisinin bu sorumluluk türlerinden hangisi kapsamında değerlendirilebileceği daha iyi biçimde ortaya konabilecektir. Ne var ki idari işlem yapılmadan önceki durumla yapıldıktan sonraki durum arasında bir fark yoksa, yani yapılan işlemin sonucunda bireylerin durumu etkilenmemişse idari sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Yönetimin hukuka uygun işlemlerinden

ötürü yönetsel kusura dayanarak sorumluluğa gidilemiyor olsa da kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince yönetimin tazminata mahkum edilebilmesi mümkündür. (Geniş ve detaylı açıklama için bkz Gözler, 2009/2, 1164 vd.)

İdari sorumluluk türlerinden ilki "fiili yol" olarak adlandırılan sorumluluk türüdür. Fiili yol, ortada bir yasa dışılık söz konusu ise düşünülebilir. Ne var ki yalnızca yasa dışılık veya yasaya aykırılık fiili yolun varlığı için yeterli değildir. Fiili yoldan bahsedilebilmesi için yasaya aykırılığın derhal görünebilecek şekilde, açıkça var olması; haksız fiil boyutuna ulaşması gerekmektedir. Bundan ötürü, basit bir hukuka aykırılık durumunda fiili yoldan bahsedilmesi mümkün değildir. (Onar, 1960/2, 1286). Öyle ki mülkiyet hakkına veya kamu hürriyetine açık tecavüz söz konusu ise fiili yoldan bahsetmek mümkündür. (Onar,1960/2, 1287). Bundan ötürü de fiili yol söz konusu ise adli yargının görevli olduğundan bahsedilmelidir. (Onar, 1960/2, 1286,1291)

Fiili yol hukuk veya usul eksikliğinden doğabilir. Örneğin bir idare ajanının sahip olmadığı bir gücü kullanması kararın yokluğuna ve buna bağlı olarak kararın icrasında hukuki eksikliklere sebep olabilir. Ya da idare mahkemesi tarafından iptal edilen bir karara rağmen iptal edilen idari işlemin hayata geçirilmesi de buna örnektir. Usul eksikliğine örnek olarak ise, idarenin kamu alacağı sıfatını haiz olmayan bu nedenle de icrai yolla tahsil edemeyeceği alacak için icra takibine girişilmesi örnek olarak verilebilir. (Onar, 1960/2, 1288)

İdare hukukunda devletin sorumluluğunu gerektiren bir diğer durum ise hizmet kusurudur. Hizmet kusurunu, hizmetin ifasından ayrılamaz nitelikteki kusur olarak tanımlamak mümkündür. (Gözler, 2009/2, 1132) Bundan ötürü hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasındaki, düzenlenmesindeki ya da işleyişindeki bozukluğu ifade etmektedir. Örneğin hizmetin kötü işlemesi, hiç işlememesi ya da geç işlemesi hizmet kusuru olarak kabul edilir. (Günday, 2011, 369). Hizmet kusuru, devletin kusura dayanan sorumluluğunu gerektirmektedir. Böyle bir durumda idarenin, durumun gerektirdiği tüm özeni yerine getirmesine rağmen zararın oluştuğu gibi bir

"kurtuluş beyinesi" öne sürmesi olanak dahilinde değildir. Keza, kusursuz sorumluluk esasına dayanan "hasar" (risk) kuramı ile de idarenin tazminat sorumluluğu doğabilir. (818 Sayılı Borçlar Kanunu madde 55'te adam çalıştıran, mahiyetinde çalıştırdığı işçinin verdiği zararın tüm çabasına rağmen engellenemediğini ya da tüm dikkat ve özeni göstermiş olsaydı bile zararın oluşmasının önlenemeyeceğini öne sürme yönünde bir kurtuluş beyinesi olanağına sahipti. Aynı çareyi 6098 Sayılı Borçlar Kanunu, 66'ıncı maddesinde de getirmiştir. Onar, 1960/2, 1312)

İdarenin kusursuz sorumluluk halleri arasında ise "risk" (hasar) kuramı ile *"kamu külfetleri karşısında eşitlik"* sorumluluk türleri yer almaktadır. [Gözler, 2009/2, 1168. Müellife göre bu ilkeye *"fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi"* de denmektedir. (Gözler, 2009/2, 1242)]. Risk kuramı gereğince idare hiçbir kusuru olmasa bile yürüttüğü tehlikeli faaliyetlerden ya da kullandığı araçlardaki tehlikelilik niteliğinden ötürü bireylerin uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. (Gözler, 2009/2, 1172,1181). Sözgelimi bir cephaneliğin patlamasında, idare gerekli önlemleri almamaktan ötürü kusursuz sorumlu sayılabilir. (Gözler, 2009/2, 1173). Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinde ise idarenin, tüm toplumun yararına olacak ve tüm toplum tarafından yararlanılacak olan bir hizmeti belli bir kişinin omuzlarına yüklememesi mantığı yatmaktadır. (Gözler, 2009/2, 1242). Sözgelimi, bir barajın yapılması durumunda barajdan herkes yararlanacakken, toprağı sular altında kalan kişi bu olayın tüm riskini üstlenmektedir. Bu durumda fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi devreye girer ve örneğin yol yapım çalışmasından ötürü pamuk tarlası toz altında kalan kişinin zararı karşılanır. [Gözler, 2009/2,1243 (Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi konusunda geniş ve açıklayıcı bilgi ile farklı örneklere ulaşmak için eserin 1242-1255'inci sayfaları arasındaki kısmına bakılabilir)]

Hem risk kuramı hem de fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi açısından geçerli olan ortak kural *"özel ve anormal (olağanüstü) zarar"* şartının oluşmasıdır. (Gözler, 2009/2, 1244). Özel zarar, toplumun belli üyelerinin uğradığı zararı, anormal zarar ise zararın belli bir ağırlığı aşmış olması (mala veya cana gelen zarar gibi) şartını ifade etmektedir. (Gözler, 2009/2, 1244). Her durumda idarenin sorumluluğunu gerektiren zararın varlığından

bahsedebilmek için zarar doğuran bir davranışın varlığı, bu nitelikteki bir davranışın yönetimle ve yönetsel işlemlerle veya eylemlerle ilişkilendirilebilmesi, zarar ile davranış arasında nedensellik bağının bulunması; belli, gerçek, maddi ya da manevi ve özel nitelikte bir zararın bulunması aranmalıdır. (Geniş bilgi için bkz Günday, 2011, 383-386)

Çalışmamızın II'nci bölümünün 2.2.1.2.2 başlığında genişçe değerlendirilen ve 22.11.2011 tarihinde yürürlüğe giren tebliğ ile bazı sözcük gruplarının alan adlarında bulunmasının idareyi İnternet sitelerinin kapatılmasından ötürü de sorumluluk altıan sokabileceğini söylemek mümkündür.

Bahsi geçen tebliğ iki açıdan hukuka aykırıdır. Öncelikle, daha önce de ifade edildiği gibi, bir tebliğ ile (hatta bir e-posta ile) bazı sözcükler (*"etek, meme, göğüs, hikaye, itiraf, çıplak, yasak, yerli, sarışın, yetişkin, taciz, hatun, haydar, hayvan"*)yasaklanmaktadır. Oysa bir hukuk devletinde bırakınız e-postayı, yönetmelikle dahi temel hak ve özgürlükler sınırlandırılamaz. Temel hak ve özgürlükler, ancak ve ancak yasa ile sınırlandırılabilir. Kaldı ki bir yasal düzenleme olsa dahi, yönetmelik, tebliğ gibi işlemlerle temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenlemelere gidilebilmesi de hukuken olanaksızdır. Öte yandan tebliğ idare hukukunda *"adsız düzenleyici işlem"* olarak vasıflandırılmakta ve bu nedenle de kurallar kademelenmesi ilkesine tabi olmak durumundadır. (Akıncı, 1999, 205). Oysa, adı geçen tebliğin herhangi bir yasal dayanağı yoktur. Bu nedenle, adı geçen tebliğin öncelikle Anayasa'nın 2'nci ve 13'üncü maddelerine aykırı olduğu söylenebilir. Ayrıca, düzenlemenin ifade hürriyetini herhangi bir yasal dayanağı olmaksızın sınırlandırmış olması nedeniyle Anayasa'nın 13'üncü ve 26'ncı maddelerine de aykırılık oluşturduğu belirtilebilir.

Zira, Anayasa'nın 38/3'üncü maddesi ile TCK'nın 2'nci maddesi gereğince suç da ceza da ancak ve ancak yasa ile konabilir. Bu nedenle, adı geçen tebliğin (e-posta) hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Çünkü, tebliğin gereğini yapmayan yer sağlayıcılara cezai yaptırım uygulanacaktır. Şu halde, bu şekildeki bir emrin kanunsuz emir olarak yorumlanabilmesi de mümkündür.

Yer sağlayıcı şirketlerin böyle bir emri uygulamaması gerekir. Zira, tebliğin uygulanması yönünde verilecek emir Anayasa'nın 2'nci maddesi ile güvencelenen insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesi ve 14'üncü maddesi ile güvencelenen insan haklarına dayalı hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.

Konu hakkındaki diğer bir hukuka aykırılık ise, yukarıda örneklenen bazı sözcük gruplarının alan adında veya sitenin içeriğinde geçemeyecek oluşunun doğuracağı sıkıntılardır. Sözgelimi, İnternet üzerinden evcil hayvan satan bir işletmeci kendisine ait olan *"www.evhayvanlari.com"* gibi bir siteyi, sırf alan adında yasaklı olan *"hayvan"* sözcüğü geçtiği için kullanamayacak, kullanıyor ise kapatmak zorunda kalacaktır. Kapatmasa dahi, yer sağlayıcı şirketler cezai yaptırım korkusuyla bu alan adına barınma olanağı tanımayacakları için, bu alan adı fiilen kullanılamaz hale gelecektir. Bu durumda, bu işletmecinin uğrayacağı zarar nedeniyle Anayasa'nın 40'ıncı maddesi gereğince devletten tazminat talep etme hakkı doğabilecektir.

Tebliğin, kişilerin dilediği alanda çalışma hürriyetini engelleyebileceği ve bu nedenle Anayasa'nın 48'inci maddesine de aykırı durumun ortaya çıkabileceğini söylemek yanlış olmaz. Çünkü, tebliğ ile yasaklanan bazı sözcük gruplarını içeren,bir üst paragrafta örneği verilen web sitelerinin erişime kapatılacak olması, özellikle ağırlıklı olarak veya yalnızca İnternet üzerinden satış yapan bazı işletmelerin çalışabilmesini olanaksız kılacaktır.

Fiili yol uygulamasına çarpıcı bir örnek de "Twitter" hakkında verilen 21 Mart 2014 günlü kararda TİB'in uygulaması ile yaşanmıştır.

21 Mart 2014 günü Twitter adlı web sitesine konan erişim yasağı hakkındaki kararlardan biri 9'uncu maddedeki düzenlemeye dayanılarak ve sadece ilgili Twitter hesabının kapatılmasıyla ilgili olduğu halde, TİB'in "kolay olanı" seçerek Twitter'ın tümüne erişim yasağı koyduğuna ve Twitter'ın sonradan AYM'nin 03.04.2014 tarihli RG'de yayınlanan 2.4.2014 T., 2014/3986 Başvuru sayılı kararı ile erişime açıldığına çalışmamızın II'nci

bölümünün 2.6.2 başlığında AYM'nin gerekçeli kararının 10, 46 ve 48 numaralı paragraflarına da atfen değinmiştik.

AYM'nin, adı geçen kararının 10,46 ve 48 numaralı paragraflarında da belirtildiği üzere, yerel mahkemenin kararı sadece belirli bir içerik hakkında alınmış olduğu halde, TİB tarafından bu karar, kapsamı da genişletilerek tüm Twitter için uygulanmıştır. TİB ayrıca, başka yollarla da adı geçen siteye girildiğini tespit ederek DNS bazlı erişim engeli de koymuştur.

TİB'in bu uygulamasının idarenin sorumluluğunu gerektirdiği söylenebilir. Zira TİB, idari nitelikte bir kurum olarak, yasa ile kendisine verilen görevleri yapmakla yükümlüdür. 5651 Sayılı Kanun'un 10/1-b hükmü gereğince de kanunda emredilen tedbirlerin uygulanmasının sağlanması için gerekli önlemleri almak da TİB'in görevidir. TİB, idarenin kanuniliği ilkesi gereğince de yalnızca kendisine yasa ile verilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Aksine bir durumun TİB'in haksız eylemi nedeniyle "fiili yol" oluşturmaktadır. Bu cümleden olarak, TİB'in haksız eyleminden doğan mağduriyetin giderilmesi için idari yargıda iptal davası açmak mümkündür.

İdarenin yetkisinin sınırlarının idari işlemle açıkça çizilmesi gerektiğini ve bir yasaklama söz konusu ise bu yasaklamanın hangi işlemlerle ilgili olduğunun ve bunun sınırlarının açıkça belirtilmesi gerektiği Danıştay İDDGK, 01.04.2013 T., 2009/1637 E., 2013/1160 K. sayılı kararında ifade edilmiştir.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25'inci maddesi gereğince yayınların durdurulmasına ilişkin Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı tarafından imzalanan 23/10/2007 günlü B.02.0.001/116 sayılı kararın iptali istemiyle açılan davada, televizyon yayınlarının Başbakanın talimatı ile durdurulmasına ilişkin idari işlemin iptaline ilişkin istemi görüşen Danıştay, konu hakkındaki gerekçesini şöyle kurmuştur:

> "*Radyo ve televizyon yayınlarının kapsamının genişliği dikkate alındığında yayın yasağına ilişkin işlemlerde yasaklamanın hangi tür yayınları kapsadığının ve sınırlarının açıkça belirtilmesi ve buna bağlı olarak da radyo ve televizyon kuruluşlarının yasağın kapsamını öngörebilmelerinin sağlanması zorunludur. Oysa dava konusu işlemde*

durdurulan yayınların hangi tür yayınlar olduğu hususu açıkça ortaya konulmamakta, işlem, yasağın kapsamı ve sınırları konusunda bir belirsizlik içermektedir.

Bu itibarla, Anayasa ve yasaya göre yürütme organına istisnai olarak kullanılmak üzere tanınan "yayınların yasaklanması" konusundaki yetkinin sınırlarının aşıldığı, böylece halkın bir olay hakkında bilgi edinme hakkının tüm yollarının kapatıldığı ve "ölçülülük" ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır." [Danıştay İDDGK'nun 01.04.2013 T., 2009/1637 E., 2013/1160 K. sayılı kararı http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm (Erişim Tarihi:27.02.2014)]

Karar her ne kadar İnternet erişiminin sınırlandırılmasıyla ilgili değilse de TİB gibi idari bir organın, özellikle re'sen erişim engelleme kararı alırken bu kararın sınırlarını iyi çizmesi ve eğer mahkeme kararını uyguluyorsa, kararın sınırlarını aşmaması gerektiğini göstermesi bakımından İnternet özgürlükleriyle ve idarenin sorumluluğu ile bağlantısı kurulabilir.

Öte yandan, Anayasa'nın 138/son hükmü gereğince idarelerin mahkeme kararını uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır. Mahkemenin verdiği kararın sınırlarının aşılarak uygulanması, devletin bu bağlamda sorumluluğunu da gerektirir. Çalışmanın TİB yetkileri başlığında da tartışıldığı gibi sorumlular hakkında Anayasa 40/son hükmü gerekçe gösterilerek dava açılabilmesi de mümkündür.

Ayrıca, adı geçen kararı "kararın sınırlarını aşarak" uygulayan sorumluların eylemi de TCK 257/1 gereğince "görevi kötüye kullanma" suçunu oluşturmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, TİB'in İnternet sitelerine koyduğu, bazı durumlarda hukukun sınırlarını oldukça zorlayan kararlarını fiili yol kavramı ile betimlemenin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Zira, fiili yol için aranan mülkiyet hakkının veya bir temel hakkın çok açık ihlali üzerine o idari işlemin artık haksız fiil niteliğine bürünmesi, TİB'in bazı işlemleri için söylenebilir. Özellikle de biraz yukarıda incelenen tebliğ ile İnternet sitelerine erişim yasağı konması durumunda bu eylemin haksız fiil niteliğine bürüneceği

ve TİB'in tazminat sorumluluğunu gerektireceği düşünülebilir. Böyle bir durumda ise adli yargıda TİB'e karşı tazminat davası açılması mümkündür.

3.1.3.2. İdarenin Hareketsiz Kalmasından Doğan Sorumluluğu

İdarenin hareketsiz kalmasından dolayı internet üzerinden bir suçun işlenmeye devam edilmesi durumunda sorumluluğu olmalı mıdır?

Amerika'da *"yurttaş davaları"* (citizen suits) yoluyla çevre idare hukuku alanında, özel kişilere, çevre mevzuatına aykırılık oluşması durumunda, mevzuatın gereklerine uygun davranılıp davranılmadığının denetlenmesi için, Roma Hukuku'ndaki "actio popularis"e benzeyen bir tür dava açma hakkı tanınmıştır. (Turgut, 1996, 123) Yurttaş davalarının en geniş uygulamasına ABD'de rastlanmaktadır. [ABD, bazı yönleriyle tartışmalı da olsa 1993 yılı itibarıyla 20, (günümüz itibarıyla yaklaşık 45 yıldır) yurttaş davaları uygulamasını sürdürmektedir. **(**Turgut, 1993, 233). Bugün en sık kullanılan (modern anlamdaki) yurttaş davalarının geçmişi, ABD'de 1970'li yıllarda yaşanan çevresel uyanış sürecinde hükümeti zorlama amacıyla ortaya çıkan davalara dayanmaktadır. (Boyer ve Meidinger, 1985, 844)]. ABD'de bu olanak, hem çevresel konularda katılma hem de yargısal başvuru analmında çevre örgütleri ile bireylere geniş olanaklar tanımaktadır. (Turgut, 1993, 86) Yurttaş davalarının bir türü olan *"Harekete Zorlama Davaları"* (Action Forcing suits) ise, (Boyer ve Meidinger, 1985, 861). idarenin hareketsiz kalması durumunda, doğrudan ve kişisel menfaati ihlal edilmemiş dahi olsa, kişilere (çevre idare hukuku kapsamında) dava açma hakkı tanır. (Turgut, 1993, 87. Ayrıca bkz Kakırman, 2006, 119) Davalarda dikkat çekici en önemli nokta, idareye karşı hareketsizliği nedeniyle dava açma hakkının ABD eyalet yasalarında "açıkça" öngörülmüş olmasıdır. (Turgut, 1993, 87. Federal düzeyde dava hakkı açıkça tanınmış olmasa da eyaletler düzeyinde yurttaş davası hakkı tanınmaktadır. Michigan Eyalet Yasası çevre hukuku uygulamaları bağlamında yurttaş davalarını açıkça kabul etmektedir. (Turgut,1993,88,89). Anglo-Amerikan Hukukunda harekete zorlama davalarının en az 600 yıllık geçmişi olduğu söylenebilir. Davaların kökeni

ABD'de 1388 yılında kabul edilen Su Kirliliği Yasası'ndaki hükümlere kadar dayanmaktadır. Boyer ve Meidinger, 1985, 947)

Kıta Avrupası sisteminde pek uygulaması bulunmayan hareketsizlik davaları ile, idarenin harekete geçmeye zorlanması amaçlanmaktadır. [(Turgut Yılmaz, 2012,166. Bildirim koşulunun amacı, yetkili mercilere (eyalet ya da federal yönetim birimleri) yurttaş/ davacı yasal girişimleri başlatmadan önce, kendi uygulama yöntemlerini uygulatmak için bir olanak tanımaktır. (Turgut, 1993, 116)].Ne var ki bu hakkın kullanılabilmesi için, başvuruculaların idari birimler de dahil, davalılara (İhlalcilere) önce bildirimde bulunması, bir süre beklemesine rağmen yetkili birimin harekete geçmemiş (olumsuz tavır takınmış) olması gerekmektedir. [Adler, 2001, 46; Turgut, 2012, 166; Turgut, 1993,113)]. Bu cümleden olarak, başvurucular dava açma konusundaki niyetlerini yasalarda öngörülen kişi ya da idari birimlere yazılı olarak bildirdikten kural olarak, altmış gün (geçtikten) sonra dava açabilecektir. [Bu idari birimler veya kişiler, ihlalde bulunduğu öne sürülen kişi ya da kişilerdir. Bundan sonra ilgili eyaletteki yetkili idari merci ve federal düzeyde faaliyet gösteren çevre koruma birimleridir. (Turgut, 1993, 116). Adler, 2001, 46, Boyer ve Meidinger, 1985, 847,849. Kural 60 gün sonra dava açmak olsa da dava konusunu oluşturacak olan ihlalin potansiyel olarak ciddi bir zarar doğuracağı durumlarda, davanın bildirimden hemen sonra (60 günü beklemeden) açılabilmesi mümkündür. (Turgut, 1993, 114). Ancak bu sürenin belirlenmesi, yurttaş davasını düzenleyen hükümlerin bütünü çerçevesinde, duyuruda bulunulmadan önce ya da bekleme süresi olan altmış gün içerisinde olup olmadığına bakılarak tespit edilir. (Turgut, 1993, 122)]. Ancak davanın açılabilmesi için, idarenin söz konusu ihlallerle ilgili olarak yasalarla kendisine tanınmış olan icrai yollara "gereken dikkat ve özenle" başvurmamış olması gerekmektedir. İdare, ihlalciler hakkında gerektiği şekilde yasal girişimde bulunmuşsa, başvuruculara dava açma hakkı tanınmaz ve davaları reddolunur. [Gereken dikkat ve özenden kastın ne olduğu ne mevzuatta ne de bu mevzuatın gerekçesinde açıkça tanımlanmıştır. Bu nedenle, konu hakkındaki yorum mahkeme kararları ile netleşmiştir. Mahkemeler, kararı verirken somut olayı detaylı şekilde incelemiş ve idarenin ihlalciler hakkında takibe geçtiğini

gösteren ikna edici delillerin varlığını aramışlardır. Bu cümleden olarak mahkemeler, idarenin ihlalciye para cezası kesip kesmediği, mevzuatı mağdur lehine ve geniş şekilde yorumlayıp yorumlamadığı, takdir hakkını mağdur lehine kullanıp kullanmadığı gibi ölçütlere göre dikkat ve özeni belirlemektedir. (Turgut, 1993, 119); Turgut,1993, 118.Adler, 2001, 47; ayrıca bkz Turgut, 1993, 119)]

Davaların sonucunda, mahkeme davalılar aleyhine "yapmama" veya "para cezasına hükmetme" seçeneklerinden birine karar verebilmektedir. Özellikle idarenin ihlale yol açan özel kişilere karşı denetim veya yaptırım uygulama yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumlarında da mahkemelerce "yapma emri", para cezasına nazaran daha az da olsa verilmektedir. [Boyer ve Meidinger, 1985, 848. Geniş bilgi için bkz Turgut, 1993, 163-173. Yargısal emirler yapma veya yasaklama kararı olarak ortaya çıkabilmektedir. İdare, davalıya yapmama (faaliyetine son verme) şeklinde bir yasak getirebileceği gibi, belirli bir tarihe kadar söz konusu ihlalleri giderecek eylemleri yerine getirme (yapma) gibi aktif bir eylem de yükleyebilmektedir. (Turgut, 1993, 169); Turgut, 2012, 166]

2872 Sayılı Çevre Kanunu'nun 30'uncu maddesi, idarenin çevreyi kirleten eylemi durdurmamasından ötürü bireylere (herkese) gerekli önlemlerin alınması veya kirletici etkinliğin durdurulması için önlem alınmasını isteme yetkisi tanımaktadır. (Ulusoy, 1993, 140) Bu bağlamda, çevre idare hukuku anlamında idarenin hareketsiz kalması (kirletici eylem karşısında "eylemsiz" kalması veya gereğini yapmaması) bireylere iptal davası açma hakkı tanımaktadır. [Ulusoy, 1993, 138. Müellife göre, idarenin yükümlülüğünü yerine getirmemesinden ötürü sorumluluğuna gidilebilmesi için açık bir yasal düzenleme aranmaz. Zira Anayasa'nın 125'inci maddesi gereğince idarenin her türlü işlem ve eyleminin yargısal denetimine tabidir. Ayrıca, çevreyi kirleten etkinlikten haberdar olan kimsenin bu etkinlikten ötürü idareye başvurması da yasa ile kendisine tanınmış olan bir haktır. Faaliyetin durdurulmaması, başvuran kişinin bu hakkını ihlal etmektedir. (Ulusoy, 1993, 138). Gemalmaz ise, bu gibi durumlarda 30'uncu madde ile başvuru olanağının genişletilmiş olmasına rağmen bunun pratikte büyük bir katkı sağlamayacağını,

zira yasal düzenlemenin haberdar olan kimseye, idarenin yapılan başvuruya hareketsiz kalması durumunda doğrudan zarar görmediği için tam yargı davası açma hakkı tanımadığı; ancak iptal davası açılmasının düşünülebileceği görüşündedir. Gemalmaz, 1987, 269 (dn:32). İdarenin, yasal görevini yapmamasından ötürü pasif (hareketsiz) kalması nedeniyle açılacak olan davalar, idareyi harekete geçmeye (gerekeni yapmaya) zorlayacağı için, bu durum çok sayıdaki potansiyel ihlalci açısından caydırıcı bir etki doğurabilecektir. (Turgut, 1993,153)]

Öyleyse, çevre idare hukuku alanında, idarenin hareketsiz kalması suretiyle, çevrenin kirli kalmasına yol açarak (temizlik hizmetini hiç işletmeyerek) hizmet kusuru işlediği savunulabilir. 2872 Sayılı Kanun'un 30'uncu maddesinin bu nedenle Türk idare Hukuku'ndaki "hareketsizlik davaları" için bir öncül hak tanıdığını ifade etmek mümkündür. Yine ifade edilmelidir ki yurttaş davaları ile idarenin açılan davalar neticesinde bazı birimleri harekete geçmeye zorlaması, bu davaların önemli getirilerindendir. (Turgut, 1993, 185). Bu davalar neticesinde idari merciler çevre mevzuatının uygulanmasını sağlamak için gereken ilkeleri belirlemişler ve bunu gerçekleştirmek maksadıyla yönetmelik, genelge, program gibi değişik araçlar geliştirmişlerdir. (Turgut, 1993, 185)

Konuyu İnternet'e erişim hakkına uyarlarsak; erişim yasağı gerektiren bir eylemden haberdar olan (sözgelimi 5651 Sayılı Kanun'un 8/1-a-5 hükmü gereğince çocuk pornografisi içeren bir internet sitesine idari tedbir yoluyla erişim yasağı koymayan) idarenin bu hareketinin, hizmet kusuru olarak yorumlanarak, idareye karşı hukuka aykırı içerik nedeniyle gerekeni yapmadığı için (hareketsiz kaldığı için) iptal davası açabilmek mümkün olmalıdır. [Gözler, bir kusurun hizmet kusuru olarak tanımlanması için mutlaka kurulmasındaki veya işleyişindeki aksaklığın aranmasının doğru olmayacağını, bu şekildeki bir yaklaşımın çoğu kez idareyi tazminat ödemekten kurtarabileceğini, hizmetin hiç işlememesi, gereğince işlememesi veya kötü işlemesinin (geleneksel üçlü) ayrımının doğru olmadığını; bu üç niteliğin bulunup bulunmamasından bağımsız olarak, bizatihi, kamu görevlilerinin

eylem veya işlemlerinin kendilerinden beklendiği gibi olmamasının idare adına kusur olarak yorumlanabileceğini savunmaktadır. (Gözler, 2009/2, 1060)]

Zira idare hukuku, diğer hukuk disiplinlerinden farklı olarak, insanların güncel sorunları karşısında içtihat yoluyla da olsa "anlık ve çabuk" çözümler üretmek zorundadır. (Ulusoy, 1993, 138)

3.4. Erişim Yasaklarının Özel Hukuk Açısından Görünümü

3.4.1. Kişiliğin Korunmasına İlişkin Kurallar ve Erişim Yasakları

Kişiler hukukunun temel kavramı "kişi"dir. Hukukta kişi dendiğinde, hak ve borçlara sahip olan varlıklar anlaşılır. (Kılıçoğlu, 2014, 128) Eski Türk dillerinde "insan" sözcüğünün karşılığı olan kişi, hukuk dilinde "hak öznesi" anlamında kullanılmaktadır. [http://www. etimolojiturkce. com/kelime / ki %C5%9Fi (Erişim Tarihi:08.11.2014); Peschke, 2014, 19]. Hak öznesi olmaktan maksat, haklara ve borçlara sahip olabilmektir. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 230). Hukuki anlamda kişi, hak ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade ettiği için sadece medeni hukukun veya özel hukukun değil, fakat aynı zamanda bütün hukuk dallarının da en temel "hukuki" kavramlarındandır. [(*Hukukta kişi hak ve borçlara sahip olabilen varlıklara denir*." (Gözler, 2014,179) Kişi (şahıs) kavramının karşılığı Latince "persona" sözcüğüdür. Söğütlü, 2012, 1408. Bu sözcük, Eski Roma'da sahnede oyuncuların temsil ettikleri roller için taktıkları maske anlamında kullanılmıştır. (Söğütlü, 2012, 1408). Roma Hukuku'nda ise kişi kavramı hukuki anlamda kullanılmadığı için "persona" sözcüğü hür veya köle olsun tüm insanlar için ortak bir kavram olarak kullanılmıştır. (Peschke, 2014, 28)]

Tanımı ve içeriği kesin olarak ortaya konamayan bir kavram olan kişilik, kavramsal olarak biri dar diğeri geniş anlamda kullanılmaktadır. (Kılıçoğlu, 2013, 3; Peschke, 2014, 63. Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 343). Dar anlamdaki kişilik kavramı, "kişi" terimi ile açıklanabilirken, geniş anlamdaki kişilik kavramı ise yalnızca kişi terimi ile açıklanamaz. [Bu ayrımın doğruluğu MK 47 ve 48'in kenar başlıklarından da anlaşılmaktadır. 47'nci

maddenin kenar başlığı tüzel kişilikten, 48'inci maddenin kenar başlığı ise hak ehliyetinden söz eder. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 232)]

Öte yandan kişilik hakkı, pek çok temel hakkı da bünyesinde barındıran ve koruyan mutlak haktır. [Peschke, 2014, 35. *"Mutlak haklar, hak sahibine en geniş yetkiyi veren haklardır. Bu haklar, sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir. Herkes, mutlak haklara saygı göstermek zorundadır. Hak sahibi bu haklardan dilediği gibi yararlanır. Mutlak haklar mallar üzerinde olabileceği gibi, bazen kişiler üzerinde de olabilir."* (Gözler, 2014, 158) Kişilik hakkı bünyesinde kişinin ehliyet durumunu, kişisel durumlarını (şahsi haller), kişinin maddi-manevi ve ekonomik varlıklarını da kapsayan geniş bir kavramdır. (Akipek/ Akıntürk/Karaman, 2011, 340-341). Detaylı bilgi için ayrıca bkz Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 127-139. Müelliflere göre, insan varlığını oluşturan değerlerin tek tek sayılabilmesi mümkün değildir. Bundan ötürü de kişiliğin kapsamına giren haklar için "numerus clasus" ilkesinin geçerli olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. (Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, 2005, 126); Peschke, 2014, 63]. Bu nedenle tek ve genel bir kişilik hakkının varlığından bahsetmek yanlış bir nitelendirme olmayacaktır. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 340-345). Ayrıca belirtilmelidir ki kitle iletişim araçlarının gelişmesi ile kişilik hakkının kapsamında yer alan şeref ve haysiyetin korunmasının önemi de oldukça artmıştır. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 135; Özel, 2004, 43). Teknolojik gelişmeler, kişiler arasındaki haberleşmelere erişimi ve müdahaleyi de kolaylaştırmıştır. (Bulduk, 2014, 23, 32)

Belirtmelidir ki kişilik hakkı ihlallerinde korunması gereken tek ve mutlak değer kişisel değerler değildir, kişilik hakkı mutlaka başka bir değerle çatışma halinde olduğundan hukukun diğer değerleri de koruması gerekmektedir. Genellikle kişilik hakkı ile basın ve düşünceyi açıklama özgürlüğü çatışma halinde olduğundan her iki değer arasındaki dengenin dikkatlice kurulması çok önemlidir. (Özel, 2004, 23)

Medeni hukuk anlamında da kişiler, birbirlerine karşı bireylerin ihlallerine ve saldırılarına karşı korunmaktadır. (Peschke, 2014, 90)

Kişilik, Anayasa'nın 17/1'inci maddesinde *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."* denerek korunmuş ve 17'nci maddede bütünüyle kişilik hakkı koruma altına alınmıştır.

Kişilik, uluslararası sözleşmelerde de korunmuştur. BM-İHEB'in 12,15,16 ve 17'nci maddeleri ile AİHS'in 8'inci maddesinde kişilik değişik yöntemlerle koruma altına alınmıştır. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 123)

MK'nın 24'üncü maddesinde kişilik haklarının saldırıya karşı korunmasındaki temel ilke ortaya konmuştur. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 124,126). 25'inci maddede ise kişiliğin korunmasında uygulanabilecek yöntemlerin (dava ve talep türlerinin) neler olduğu ifade edilmiştir. 25'inci madde bu bağlamda herhangi bir kişilik hakkı ihlal edilen bireylere bir "talep hakkı" tanımaktadır. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 381, 382; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 142). Bu nedenle kişilik hakkının genel bir çerçeve olarak kabul edilerek, bu hakkın kapsadığı diğer kişisel değerlerin tespit edilmesinin kişiliğin korunmasına en önemli yararı sağlayabileceği ifade edilmelidir. (Özel, 2004, 28)

MK 24'e göre *"(1) Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. (2) Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."*

24'üncü maddenin 2'nci fıkrasındaki *"daha üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar"* ifadesine öğretide eleştiri getirilmektedir.

Hatemi'ye göre malvarlığı zararları için bile zorunluluk hali sadece kusur unsuru alanında etkili olduğuna göre, kişilik hakkı anlamında üstün kişilik hakkının varlığından söz edilmesi mümkün değildir. Zira, herkesin kişilik hakkı eşit derecede korunmaya değer düzeydedir. Bu yönüyle, bireyler arasında kişilik haklarının genç-yaşlı, kadın-erkek vs ayrım yapılmadan eşit derecede korunması ve haklara eşit derecede sahip olunması ve devlet tarafından eşit olarak korunması esastır. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011,

237, 350). Kişilik haklarının birbirine göre üstünlüğü olmamalıdır. (Hatemi, 2005, 4)

Kişilik hakları alanındaki eşitlik, gerçek kişilerle tüzel kişilerin birbirleri arasındaki ilişkilerinde geçerli olduğu gibi, tüzel kişilerin birbirleriyle olan ilişkileri bakımından da geçerlidir. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 124). Bundan ötürü, kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerin kişiler hukukunun genel hükümleri olarak düşünülmesi ve tüzel kişilerin bünyesine aykırı olmadığı sürece onlar hakkında da uygulanabilmesi mümkündür. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 236)

743 Sayılı MK'nın yürürlükte olduğu dönemde, bahsi geçen hükmün hukuka aykırılığı değişik müelliflerce eleştirilmiştir. 4721 Sayılı MK ile adı geçen hüküm, birkaç paragraf yukarıda da özetlendiği üzere hemen hemen aynı şekilde korunmuştur. [Hatemi, Yeni MK dönemindeki düzenlemeyi de şu sözlerle eleştirmektedir: *"Fakat bu fıkrada sakıncalı gördüğüm ibare "daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar" dır. Oysa bu kişinin kişilik hakkı ihlal edildi ise, hakka karşı, hangi "yarar" daha üstün nitelikte olabilir?"* (Hatemi, 2005, 66)] Ne var ki Akipek/Akıntürk/Karaman ve Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir MK'nun 24/2'nci maddesindeki "üstün nitelikteki özel ve kamusal yararın bulunması" kavramlarını maddenin hukuka uygunluk sebepleri olarak değerlendirmekte ve bu ayrıksıların yasada yer almasını doğru bulmaktadır.

> [*"Üstün nitelikteki özel yarara, trafik kazası geçirerek koma halinde hastaneye getirilmiş olan ve acilen ameliyat edilmesi gereken kişinin yararı örnek gösterilebilir. Bu durumda bulunan ağır yaralı hastanın rızası alınmaksızın derhal ameliyat edilmesi, onun beden bütünlüğüne karşı hukuka aykırı bir saldırı mahiyetinde görülemez…..Bazı hallerde bir kimsenin rızası olmasa dahi kişilik hakkına yapılan müdahalede kamunun üstün yararı söz konusudur. Örneğin salgın hastalıklara karşı aşı kampanyası açılmasında veya trafik kazalarının önlenmesi amacıyla araç sürücülerine alkol testi uygulanmasında yahut işlediği suçtan hüküm giyen sanığın cezaevine konulmasında durum böyledir."* (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 402). *"Hayatının kurtulması için ameliyat edilmesi zorunluluğu*

bulunan kimseden rıza alınamıyorsa, rıza alınmadan ameliyat yapılabilmesi hastanın üstün nitelikteki yararına dayanır." (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 148). *"Üstün nitelikte kamu yararı bulunan hallerde bir kimsenin kişiliğine saldırı hukuka aykırı değildir. Doğrudan doğruya kanunun tanıdığı bir yetki ile kişilik haklarına yapılan saldırıların çoğu üstün kamu yararına dayanır. Bir suçtan mahkum olanın hapsedilmesi, bir salgın hastalıkta aşılanma zorunluluğu böyledir."* (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 149)]

Özel de belirtilen kural ile hukuka uygunluk nedenleri tanımlanarak hukuka aykırılığın açıklandığını ifade etmekte ve belirtilen ayrıksı kuralların yasada belirtilmesini doğru bulmaktadır. (Özel, 2004, 38-42; Benzeri yöndeki görüş için bkz Peschke, 2014, 94)

Avşar ve Öngören ise üstün nitelikteki kamusal yarar kavramının yasada hukuka uygunluk nedenleri arasında belirtilmiş olduğunu ifade etmekteyse de TCK'nın 134'üncü maddesi de gözetildiğinde; kişilerin özel yaşamına saygının öncelikli olduğunu, bundan ötürü de kamu tarafından tanınmış olan kişiliklerin, siyaset adamlarının, sanatçıların rızaları alınmadıkça, görevleriyle ilgili olmadığı, hukuka aykırı bir olay da bulunmadığı sürece özel yaşamlarına ilişkin bilgi ve gelişmelerin basında yer almaması gerektiğini savunmaktadır. (Avşar ve Öngören, 2010, 291, 292)

Kanaatimizce de MK 24/2'deki daha üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar ayrıksısının yasada bulunması, kişiliğin korunması bakımından özel nitelikte hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu için yerinde ve doğru bir düzenlemedir.

Bu bağlamda özellikle de 5651 Sayılı Kanun'un kişiliğin korunmasını düzenleyen 9 ve 9/A maddelerindeki yöntemlere başvurarak kendisi hakkındaki yolsuzluk iddialarının İnternet'ten yayınlatılmasını engellemeye çalışan bir politikacının bu talebinin, yolsuzlukların kamuoyu tarafından öğrenilmesinde üstün nitelikteki kamusal yarar olduğu gözetilerek reddolunabilmesi mümkündür. [ABAD tarafından verilen *"Digital Rights İreland Ltd"* (C-293/12) Kararı'nda ve Mario Costeja Gonzâles(C-131/12) Kararı'nda bu konu da tartışılmıştır. (Geniş bilgi için bkz Bölüm II, Başlık

2.6.4)]. 5651 Sayılı Kanun'un 9 veya 9/A maddelerinde MK 24'teki gibi "üstün nitelikteki kamusal/özel yarar" hukuka uygunluk nedeninin öngörülmemiş olması bu tip bir haberin İnternet'ten yayınlanmasının engellenmesine gerekçe oluşturamaz. [Ne var ki bir Twitter sanal kişiliği olan ve yaklaşık 950 bin takipçiye ulaşan "Fuatavni" adlı hesaba, yolsuzlukları anlattığı gerekçesi ile Türkiye'den sulh ceza hakimliği kararı ile erişim yasağı konmuştur. http://www.samanyoluhaber.com/gundem/Fuat-Avni-hesabi-Turkiyedeyasaklandi/1057949/ (Erişim Tarihi:07.08.2014). Twitter yetkilileri kararı bir basın açıklaması ile eleştirmişlerdir: (http://www.birgun.net/news/view/Twitterdan-fuat-avni-aciklamasi/3205 (Erişim Tarihi :07.08.2014). Twitter yetkilileri ayrıca adı geçen hesabın İstanbul 5. Sulh Ceza Hakimliği tarafından kapatılması kararına itiraz edeceklerini de basın açıklaması ile ifade etmiştir. enstitü için-25.11.15.doc (Erişim Tarihi:07.08.2014). Benzeri bir şekilde, " @GizliArsiv" adlı hesaba da özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği gerekçesi ile Türkiye'den erişim yasağı konmuştur. (http://odatv.com/n.php?n=fuatavni den-sonra-akpnin-Twitter-fenome nine-de-yasak- 1808141200 (Erişim Tarihi:19.08. 2014)]

Başka bir deyişle, 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinde "üstün nitelikte kamusal/ kişisel yararın bulunması" şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni bulunmuyor olsa dahi yargıcın kişiliğin korunması bakımından genel-çerçeve hüküm olan MK 24'e dayanarak, somut olayda yolsuzlukların kamuoyu tarafından öğrenilmesinin haber verme hakkı bakımından üstün ve kamusal bir yararın varlığını ortaya koyduğu gerekçesi ile [(*"Bilinmesinde kamu yararı bulunan, Kamuoyunun aydınlatılması maksadına dayalı, gerçeklik derecesi araştırılmış ve büyük ölçüde doğruluğu anlaşılmış olayların, özel hayata ilişkin bulunmamaları şartıyla yayınlanması hakaret teşkil etmez. Buna karşılık, okuyucunun gereksiz merakını istismar etme amacına dayalı haberler, basının haber verme hakkı çerçevesinde kabul olunamaz. Haber içeriği ile bağlantısı olmayan küçültücü değerlendirmeler habere eklendiğinde de, haber verme sübjektif hakkından söz edilemez."* Dönmezer, 2004, 278)] içeriğin düzeltilmesi veya yayından kaldırılması yönündeki başvurucu talebini reddedebilmesi hukuken mümkündür. [Öğretide, 5651 Sayılı Kanun yürürlüğe

girmeden önce yazılmış olan bir eserde bu görüş *"Şeref ve haysiyetin ihlalinde hukuka uygunluk sebepleri MK 24'de yazılı olan ve tüm kişilik hakları için geçerli olan sebeplerdir."* denerek benzeri biçimde ifade edilmişti. (Özel,2004, 39). Ancak 5651 Sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonraki bir eserde de MK 24'e dayanılarak erişim yasağı kararı alınabileceği, Yargıtay 4'üncü HD'nin 08.02.2001 T., 2001/755 E.,2001/1157 K. sayılı kararı eleştirilirken savunulmuştur. Müellifler buna örnek ve dayanak olarak Adnan Oktar'ın www.gazetevatan.com adlı İnternet sitesine, cemaati ve kendisi hakkında yapılan olumsuz yorumları gerekçe göstererek, kişilik haklarının ihlal edildiği savıyla Silivri 1'inci Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından konulan erişim yasağı kararını dayanak göstermektedir. (Avşar ve Öngören, 2010, 306, 307)]

MK 24'teki temel ilke doğrultusunda kişiliğin korunması için, kişilik hakkı ihlal edilenlere MK 25 hükmü ile farklı dava olanakları tanınmıştır. (Dava türleri hakkında geniş bilgi ve açıklama için bkz Özel, 2004, 65-80, Avşar ve Öngören, 2010, 304-313). Bunlar MK 25'te:

> *"(1) Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. (2) Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. (3) Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır."* ifadeleri ile tanımlanmıştır. [MK 24 ve 25'te sayılan korunma yolları *"kişiliğin dışa karşı korunması"* olarak tanımlanabilir. Hatta MK 23 hükmü ile kişinin kendisine karşı da korunması söz konusu olabilir. Buna *"kişiliğin içe karşı korunması"* da denebilir. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 354-355). Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir MK 23 bağlamındaki korumayı *"kişiliğin hukuki işlemle saldırıya karşı korunması"*, MK 24 ve

25'inci maddeler bağlamındaki korumayı ise "kişiliğin saldırıya karşı korunması" olarak adlandırmaktadır. (Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, 2005, 139, 142)]

Buna göre, kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünen bireylerin yargıçtan saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi, sona ermiş dahi olsa etkileri devam eden saldırının etkilerinin hukuka aykırılığının tespitini talep etme olanağı vardır. (Geniş bilgi için bkz Hatemi, 2005, 66-68; Ayrıca bkz Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 156-165. Ayrıca bkz Tümerdem, 2013, 94-113) Bunun yanı sıra, bireylerin ihlale konu olan haksız fiilin düzeltme metninin ve kararın üçüncü kişilere bildirilmesini talep etme hakları da yasada tanınmıştır. (Düzenleme, 743 Sayılı MK 24/a ile koşuttur.) Ayrıca, haksızlığa uğrayan bireylerin maddi ve manevi zararının tazminini talep etme hakkı ile uğradığı zararları (saldırıdan ötürü failin elde ettiği haksız kazancı) vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep etme hakları da saklıdır. (Kişiliğin dışa karşı korunma yolları hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 380-413)

Buna kapsamda, sözgelimi A adlı bir kimse B adlı bir kimsenin özel yaşamını ihlal ederek B hakkında uygunsuz iddialar içeren bir kitap yayınlamış ise, B, A'nın bu kitaptan elde ettiği gelire de elkoyabilecektir ya da bir gazete, kitap ya da filmde bir kimsenin özel hayatı, hukuka aykırı şekilde açıklanarak gelir elde edilmişse bu gelire de düzenlemeye göre elkonabilecektir. [Türk Dil Kurumu'nun tanımına göre özel hayat *"kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı"* olarak tanımlanmıştır. (http: // www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=%F6zel+hayat&ne=a) (Erişim Tarihi: 09 . 04.2014). Özel hayat, kişinin daha çok aile bireyleri, yakın arkadaş çevresi ve akrabaları ile olan ilişkilerini içeren; başkası tarafından bilinmesini arzu etmediğimiz alan olarak tanımlanabilir. (Mahmutoğlu, (2008, Bildiri) 102) *"Sır çevresi ya da gizlilik alanı, bir kimsenin özel ve mesleki hayatı ile ilgili olup da yabancı gözlerden uzak kalmasını arzuladığı hususlardır. ...Aynı şekilde, kişilerin gizli kalmasını arzuladıkları bedeni ve hatta ruhi bazı noksanlıkları, özürleri ve hatta hastalıkları da sır çevresine girer..."* (Akipek/Akıntürk/ Karaman, 2011, 390). *"Bir kişinin yalnız kendisine saklı tutmak istediği, diğer*

kişilerce bilinmesini arzu etmediği hayat olayları onun giz alanını oluşturur….Bir olayın giz alanı kapsamında yer alabilmesi için objektif ve sübjektif olmak üzere iki şartın gerçekleşmesi zorunludur: Objektif olarak olayın herkes tarafından bilinebilir veya izlenebilir olmaması gerekir. Bu itibarla kişinin gizli tutulan düşünce ve inançları, yazışmaları (mektup, hatıra defteri vb gibi), aile içi ilişkileri giz alanına girmektedir. Burada önemli olan olayın bilinmeyen bir olay olmasıdır…Subjektif şart ise bir kişinin söz konusu yaşam olayını gizli tutma iradesinin mevcudiyetidir…." (Özel, 2004, 32) . *"Özel hayatın gizliliği kavramı mahremiyet kavramını da kapsar niteliktedir. Zira; mahremiyet hayatın sadece gizli alanını koruma altına alır iken; özel hayatın gizliliği kavramı hayatın özel alanı da dahil olmak üzere daha geniş bir alanı koruma altına almaktadır. Kısaca özel hayat, "kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünümleri"dir."* (Bulduk, 2014, 20). Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 174)]

Belirtilmelidir ki MK nezdinde, kişilik hakkı ihlallerinin hukuka aykırı olduğu karinesi kabul edilmektedir. (Hatemi, 2005, 65). Bundan ötürü, haksız fiilden doğan tazminat taleplerinin aksine, kişiliğin dışa karşı korunmasına ilişkin davalarda saldırganın kusurlu olup olmadığı önem taşımaz. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 380; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 2005, 159). TTK'nun 56'ncı maddesinde de haksız rekabete yeğin kalan kişinin faile yöneltebileceği davalar örneklenmiştir. Bu davaların MK 25'teki davalara çok benzediği söylenebilir.

Gerek MK 25'teki gerekse TTK 56/1-c'deki "saldırıya son verme" (durdurma) davası, mahiyeti itibarıyla 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinde belirtilen taleple benzeşmektedir. Her üç yasada da kişilik hakkına yöneltilen haksız eyleme son verilmesi istenebilmektedir. [*"Medya yoluyla kişilik hakkı ihlallerinde cevap ve düzeltme hakkı özel olarak düzenlenmiştir ve bu hak durdurma davasıyla aynı sonuçlara hizmet etmektedir."*(Özel, 2004, 66)]

Bir görüşe göre, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin varlığı karşısında artık Medeni Kanun'un (MK) 24-25 (kişiliğin korunması), 6100 Sayılı HMK'nın 389-399'daki ihtiyati tedbirler veya TTK'nın haksız rekabetin önlenmesi hükümlerine dayanılarak web sitelerine erişim yasağı konabilmesi de hukuken mümkün değildir. (Dülger ve Beceni 2011, 45. Ayrıca bkz Akdeniz ve Altıparmak, 2008, 100; Özen ve Baştürk, 2011, 205,206) Zira, 5651 Sayılı Kanun, cevap ve düzeltme hakkı bakımından diğer kanunlara göre özel düzenleme içermektedir. Ayrıca sonradan yürürlüğe girmiş oluşu da 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin MK'nın 24'üncü ve 25'inci maddelerine göre öncelikle uygulanmasını gerektirmektedir. (Akdeniz ve Altıparmak, 2008, 100-160). 9'uncu maddenin 6518 Sayılı Kanun öncesindeki şekli, yargıca erişim yasağı koyma yetkisi de vermediğine göre, hukukumuzda kişilik haklarının ihlali veya ticari saygınlık ya da haksız rekabet gerekçeleri ile İnternet sitelerine erişim yasağı koymak mümkün değildir. Keza, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin 6518 Sayılı Kanun öncesindeki düzenlemesi İnternet sitesinin kapatılması için bir hak tanımamaktadır. (Dülger ve Beceni, 2011, 51-52)

İfade etmek gerekir ki bu görüş, 5651 Sayılı Kanun'da 6518 Sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki döneme ilişkindir. 6518 Sayılı Kanun döneminde yapılan değişikle artık 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi gereğince yargıcın kişilik haklarının korunmasını, 9/A maddesi gereğince ise özel hayatın korunmasını gerekçe göstererek İnternet sitelerine erişim yasağı koyabilmesi mümkündür. (Konu, yukarıda II'nci Bölümün 2.6.2 başlığında genişçe irdelenmiştir.)

Bu görüşle benzeşen başka bir görüş ise, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin kişilik hakkı ihlallerinde öncelikli ve özel olarak uygulanması gerektiğini savunmakla birlikte, 9'uncu maddedeki kararın uygulanmaması durumunun yasada yaptırıma bağlanmamış olması karşısında hükmün erişim veya yer sağlayıcılar tarafından uygulanmaması durumunda ne olacağı sorununun tartışılması gerektiğini savunmaktadır. (Söyler, 2013, 231, 232). Böyle bir durumda, mahkeme kararına rağmen hukuka aykırı içerik yayından kaldırılmazsa, MK 25 vd ile HMK 389 vd hükümleri işletilerek içerik yayından

kaldırılabilir. Adı geçen görüş, bundan ötürü 9'uncu madde ile MK 25 vd hükümleri veya HMK 389 vd hükümleri arasında çatışma olduğunu söylemenin mümkün görünmediğini ifade etmektedir.

Üçüncü bir görüş ise 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A düzenlemelerinin MK 24 ve 25 hükümlerine göre özellik-genellik ilişkisi içinde yorumlanamayacağını, 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin kendine özgü ayrı bir yöntem öngördüğü, bu nedenle de başvurucuya MK 24 ve 25 hükümlerinin yanı sıra, acil durumlarda 5651 Sayılı Kanun'a başvurma olanağı tanıdığını savunmaktadır. (Gözler, 2014/c, 1079)

Bu görüşe göre özel kanun–genel kanun ilişkisi ancak hukukta iki kural arasında çatışma olması durumunda uygulama alanı bulur. Oysa 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri ile MK'un 24'üncü maddeleri arasında bir çelişki olduğu söylenemez. Tam aksine, özel yasada düzenlenmiş olan norm, genel norma göre tercihli ve ek bir koruma daha getirmiş olmaktadır. Kaldı ki özel yasadaki kural bir taleptir, dosya üzerinden ve hızlı şekilde yürümektedir. Oysa MK'nun 24'üncü maddesindeki norm ise silahların eşitliği ilkesine dayanan, duruşma açılarak görülen bir kuraldır. (Gözler, 2014/c, 1080)

Gerçekten de bu görüşe destek olarak, FSEK'nun 86/4 hükmü gösterilebilir. Buna göre, kişinin FSEK 86 ile korunan resim üzerindeki hakkının izin alınarak veya izin alınmadan sergilenmesi veya yayınlanması durumunda, kişiliğe yöneltilmiş hukuka aykırı bir saldırı söz konusu ise MK 24 ve 25 hükümlerinin uygulanma olanağı mümkündür.(Akipek/Akıntürk/ Karaman, 2011, 392)

Daha önce de ifade edildiği gibi, Yargıtay, kişilik hakkının korunması ile haber verme hakkının çatışması durumunda (verilen haberin gerçek, güncel olması ile haberi vermede kamu yararı bulunması; haberin veriliş biçiminin kişilik haklarına aykırı olmaması) ilkelerinden yola çıkarak hangi hakkı koruyacağına karar vermektedir. (Bkz Bölüm II, Başlık 2.6.2). Bu ilkeler, İnternet'e erişim yasağına ilişkin içtihat bakımından da yol gösterici olabilecektir.

Ne var ki Yargıtay 4'üncü HD, belirtilen ilkeler ışığında II'nci Bölümün 2.6.2 başlığında özetlenen kararlarına rağmen, 08.02.2001 T., 2001/755 E.,

2001/1157 K. sayılı kararında, İnternet'e erişim hakkının sınırlandırılması açısıdan, kişiliğin korunması ile haber verme hakkının çatışması durumunda, kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere öncelik verilemeyeceğini, zira o dönemde mevzuatta İnternet üzerinden kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda İnternet sitelerinin genel hükümlere göre kapatılabileceğine ilişkin bir yasal düzenleme olmamasını gerekçe göstererek, yerel mahkemenin bu yöndeki kararını şu gerekçelerle bozmuştur:

> *"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, İnternette yapılan bir yayının gönderilenler de dahil olmak üzere İnternet'ten çıkarılması veya yayının durdurulması konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılabilecek bir durum arzetmektedir. Bu da yargı kararının etkisiz kalmasını ve böylece tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle buna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken, bunun yerine yazılı olduğu üzere kabul kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir."* [http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 4'üncü HD'nin, 08.02.2001 T., 2001/755 E.,2001/1157 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:24.09.2014)]

Kararın pek çok açıdan tartışmalı olduğu söylenebilir. Kararda, o dönemde İnternet'teki yayınlar nedeniyle yapılacak işleme ilişkin yasal bir mevzuat bulunmadığı ifade edilmişse de biraz yukarıda tartışıldığı üzere, MK 24 ve 25'te öngörülen olanağın kişiliğin korunması için davacıya ayrı ve özel başvuru olanakları tanıdığı, bundan ötürü özel bir düzenleme olmasa dahi, MK 24 ve MK 25 hükümlerine dayanılarak kişilik hakkının dışa karşı korunmasının talep edilmesi yönünde bir engel olmadığı söylebilecektir. (Aynı yöndeki düzenlemelerin 743 sayılı (mülga) MK'nın 24 ve 24/A maddelerinde de olduğunu hatırlatmakta yarar görüyoruz.)

Keza, özel bir düzenleme olmasa dahi, (mülga) MK 24 ve (mülga) MK 24/A hükümlerinin genel hükümler oluşundan ötürü, kişiliğin korunması açısından davacıya her zaman başvuru olanağı tanıdığını söylemek mümkündür. Şu halde, 743 sayılı (Mülga) MK döneminde de özel bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen, MK 24 ve 24/A hükümlerinin tanıdığı olanaklara göre "tecavüze son verilmesini veya tecavüzün önlenmesini" talep edebilmeliydi. Buradan hareketle, kişilik hakları İnternet üzerinden yapılan yayın nedeniyle ihlal olan kişinin, ilgili içeriğe veya İnternet sitesine bütünüyle erişim yasağı koydurması mülga MK döneminde de mümkündü.

Aksi halde, salt İnternet'teki yayınların durdurulmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı gerekçesi ile, kişiliğin korunmasına dair MK 24 ve 24/A maddeleri gereğince yapılan başvurunun reddi durumunda, Yargıtay'ın basın özgürlüğü için aradığı haberin gerçek, güncel olması; haberin verilişinde kamu yararı ve ölçülülük bulunmasına ilişkin ilkelerin İnternet haberciliği bakımından uygulanamayacağı ifade edilebilirdi.

Öyle ki böyle bir durumda aynı haber basında ve İnternet sitesinde aynı şekilde verilmiş ise; basındaki haber için, kişilik hakları ihlal edilen kimse MK 24 ve MK 24/A'daki olanaklardan yararlanabilecekken, İnternette hakkında çıkan haberler nedeniyle bu olanaktan yoksun kalabilecekti.

Yargıtay'ın bu yorumu neticesinde, İnternet üzerinden yapılan yayınlar karşısında kişilik haklarını korumasız bırakmış olması kişilik hakkı ihlal edilen kişiler açısından başka bir sakıncayı da doğurmaktaydı.

Yargıtay'ın yorumuna göre, basın yoluyla kişilik hakkı ihlal edilen kişiye 5680 Sayılı (Mülga) Basın Kanunu'nun 19'uncu maddesi (5187 Sayılı Basın Kanunu'nun 14'üncü maddesi) hükmüne göre cevap ve düzeltme hakkı tanınması mümkünken, aynı haberin aynı şekilde İnternet'ten yayınlanması durumunda, kişilik hakkı ihlal edilen kimseye cevap ve düzeltme hakkının verilmesi söz konusu olamamaktaydı.

Bu yorumuyla Yargıtay'ın, 5651 Sayılı Kanun öncesinde, İnternet yayınlarından ötürü kişilik hakları ihlal edilmiş olan kişileri, hukuka aykırı olarak korumadan yoksun bıraktığı söylenebilir. Yargıtay'ın bu dönemdeki yaklaşımı, İnternet'e erişim özgürlüğünün sınırlandırılmaması açısından

olumlu görmek mümkün ise de haber verme hakkı ile kişilik hakkının çatışması durumunda, kişilik hakkının korumadan yoksun bırakılmasının hukuka uygun olduğunu ifade etmek güç görünmektedir.

Kaldı ki ceza hukukunda geçerli olan suçta ve cezada yasallık ilkesinin özel hukuk alanında geçerli olduğunu söylemek mümkün olmadığı gibi, 743 Sayılı (mülga) MK'nın 1'inci maddesi *"(1 - Kanun, lafziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer'idir. Hakkında kanuni bir hüküm bulunmıyan meselede hakim örf ve adete göre, örfü adet dahi yok ise kendisi vazıı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder. Hakim hükümlerinde, ilmi içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder."* diyerek, hakime "hukuk yaratma" hakkı da tanımıştır. Şu halde, Yargıtay'ın 5651 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde, İnternet üzerinden yapılan yayınlardan ötürü kişilik hakkının korunmasını sağlamak adına mülga) MK 1 hükmünü kullanarak "hukuk yaratması" ile de sorun çözülebilirdi.

5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinde öngörülen yöntemler MK 24 ve 25 anlamında kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere göre özel bir hüküm olarak kabul edilmemeli, kendine özgü, acil durumlarda uygulanması gereken özel bir koruma yolu olarak benimsenmelidir. [Ne var ki daha önce, MK 24 ve 25 hükümlerinin varlığı karşısında, 5651 Sayılı Kanun'un 6518 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki şeklinin anlamsız olduğunu savunmuş ve MK 24 ile 25 hükümlerinin kişiye yeterli korumayı sağladığını ifade etmiştik. (Taşkın, 2008, 163)]

6518 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce verilmiş olan kararında Yargıtay 4'üncü HD 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin MK 24-25 düzenlemesine göre daha özel olduğuna, bu nedenle de öncelikle uygulanması gerektiğine karar vererek yerel mahkemenin kararını görevsiz olduğu gerekçesi ile bozmuş ve 5651 Sayılı Kanun'da göreve ilişkin de özel düzenleme yer aldığı gerekçesi ile sulh ceza mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir. [http: //www.kazanci.com/kho2/ibb/giris. htm Yargıtay 4. HD'nin 13.06.2012 T. , 2012/6581 E. , 2012/10331 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 21. 01. 2013)]

Yargıtay 4'üncü HD'nin bahsi geçen 13.06.2012 T. , 2012/6581 E. , 2012/10331 K. sayılı kararı özetle şöyledir:

> *"Davacı, İnternet sitesindeki yayın nedeniyle kişilik haklarının zarara uğradığını belirterek, sitedeki yayının tedbir yoluyla içerikten çıkarılmasını ve uğradığı manevi zararın ödetilmesini istemiştir. 5651 sayılı yasa, İnternet ortamındaki yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 sayılı Medeni Kanuna göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa somut olaya ilişkin görev yönünden mahsus bir düzenleme de içermektedir. Şu halde, 5651 sayılı yasadaki özel düzenleme gözetildiğinde bu konuda görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır."* [http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris. htm Yargıtay 4'üncü HD'nin 13.06.2012 T. , 2012/6581 E. , 2012/10331 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 21. 01. 2013)]

Yargıtay 4'üncü HD daha yeni tarihli benzeri başka iki kararında da aynı gerekçe ile 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin MK'nun 24'üncü maddesi karşısında "özel hüküm" olduğuna karar vermiş ve İnternet ortamındaki kişilik hakkı ihlallerinde, 5651 Sayılı Kanun gereğince özel olarak görevlendirilmiş olan sulh ceza mahkemelerine başvurmak gerektiğini ifade etmiştir.

> [Yargıtay 4'üncü HD'nin 03.06. 2013 T., 2013/8516 E., 2013/10516 K. sayılı Neutec AŞ & Adem Yılmaz kararı ile aynı dairenin 27.06. 2013 T., E.2013/9466 E., 2013/12474 K. sayılı Adem Yılmaz (firmafaresi) & Karsan AŞ kararları *(kararlar yayınlanmamıştır)*. Bahsi geçen, Yargıtay 4'üncü HD'nin 03.06. 2013 T., 2013/8516 E., 2013/10516 K. sayılı kararı ve Yargıtay 4'üncü HD'nin 27.06. 2013 T., E.2013/9466 E., 2013/12474 K. sayılı kararında da aynı gerekçe ile:*"Davacı, İnternet sitesindeki yayın nedeniyle tüzel kişilik haklarının zarara uğradığını belirterek, sitedeki*

yayının tedbir yoluyla durdurulmasını ve saldırıdan korunmasına, saldırının hukuka aykırılığının tesbitine ve manevi tazminata karar verilmesini istemiştir. ***...****Öte yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde; "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği", 25. maddesinde; "Davacı, hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceği, davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabileceği" düzenlenmiştir. 5651 sayılı Yasa, İnternet ortamındaki yayınlar nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 sayılı Medeni Kanuna göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır. Kaldı ki özel yasa somut olaya ilişkin görev yönünden mahsus bir düzenleme de içermektedir. Şu halde, 5651 sayılı yasadaki özel düzenleme gözetildiğinde bu konuda görevli mahkemenin Sulh Ceza Mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Yerel mahkemece Sulh Ceza Mahkemesinin görevli olması nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde Asliye Hukuk Mahkemesine görevsizlik kararı verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir."* denerek, 5651 Sayılı Kanun karşısında MK'nın kişiliğin korunmasına ilişkin 24 ve 25'inci maddelerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Ne var ki 27.06.2013 T., 2013/9466 E., 2013/12474 K. sayılı kararın karşıoyu dikkat çekicidir:*"Dava; İnternet yoluyla kişilik haklarına saldırı nedenine dayalı yayın durdurma istemine ilişkindir. 5651 sayılı Yasanın çıkarılış amacı İnternet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. 5651 sayılı Yasanın 8'inci maddesi İnternet ortamında yapılan ve içeriği suç oluşturan yayınlarla ilgili erişimin engellemesini*

düzenlemiş olup bu suçlar ise maddede tek tek sıralanmıştır. Aynı Yasanın 9. maddesinde ise içerik nedeniyle hakları ihlal edilen kişilerin önce içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına müracaat etmesi gerektiği, iki gün içerisinde talebi yerine getirilmez ise 15 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak içeriğin yayından çıkarılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Diğer yandan MK'nun 24. maddesine göre "hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir." MK 25 "Davacı hakimden, saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir" hükümleri getirmiştir. Öğretide belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanun aynı zamanda yürürlükte olduğu durumlarda yasaların olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa sorun da yoktur. Davacı dilerse 5651 sayılı Kanun gereğince Sulh Ceza Mahkemesine müracaat edebileceği gibi dilerse MK. hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesine başvurabilecektir. Kaldı ki 5651 sayılı Yasada belirlenen 15 günlük hakdüşürücü süreyi kaçıran davacının her zaman genel hükümlere göre mahkemeye dava açması da mümkündür.Açıklanan nedenlerle dairemizin bozma kararına katılmıyorum."]

Oysa daha eski bir başka kararında Yargıtay 4'üncü HD, bu görüşün tam aksini savunarak 5651 Sayılı Kanun'da 9'uncu maddenin varlığına rağmen, isteyen bireylerin MK'nın 24'üncü maddesi anlamındaki koruma olanağından yararlanabileceğine hükmetmiş ve 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesindeki koruma olanağının MK 24'teki koruma olanağına göre farklı olduğunu, bu nedenle de 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin, MK 24 karşısında özel hüküm olamayacağına hükmetmiştir. [http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris. htm Yargıtay 4'üncü HD'nin 15.09.2009 T., 2009/8517 E. , 2009/9921 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:13.06.2014)]

Bahsi geçen Yargıtay 4'üncü HD'sinin 15.09.2009 T., 2009/8517 E., 2009/9921 K. sayılı kararında, son dönemdeki içtihadının aksine, 5651 Sayılı Kanun'da 9'uncu maddenin varlığına rağmen, isteyen bireylerin MK 24'üncü

maddesi anlamındaki koruma olanağından yararlanabileceğine ve 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesindeki koruma olanağının MK 24'teki koruma olanağına göre farklı olduğuna, bu nedenle de 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin, MK 24 karşısında özel hüküm olamayacağına hükmetmiştir. Karar özetle şöyledir:

> *"Dava, davalı tarafa ait İnternet sitesinde, davacının kişilik haklarına saldırılması nedeniyle, yayınların hukuka aykırılığının tespiti, düzeltilmesi ve üçüncü kişilere duyurulması istemine ilişkindir. Medeni Yasa'nın 25. maddesinde kişilik hakkının korunması için açılacak davalara yer verilmiştir. Buna göre davacı, yargıçtan saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini ve bu davalarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanmasını isteyebilir. Bu tür istemlerle açılan davaların görülme yeri de genel mahkemelerdir. Şu durumda davacı istemi gözetilerek işin esasının incelenerek varılacak sonuca göre karar vermesi gerekirken yerinde olmayan hukuki niteleme ile görevsizlik kararı verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir."*

Biraz yukarıda aktardığımız görüşlerden biri, 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A düzenlemelerinin MK 24 ve 25 hükümlerine göre özellik-genellik ilişkisi içinde yorumlanamayacağını, 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin kendine özgü ayrı bir yöntem öngördüğü, bu nedenle de başvurucuya MK 24 ve 25 hükümlerinin yanı sıra, acil durumlarda 5651 Sayılı Kanun'a başvurma olanağı tanıdığını ifade etmekteydi. (Gözler, 2014/c, 1079)

Bu görüşe göre özel kanun–genel kanun ilişkisi ancak hukukta iki kural arasında çatışma olması durumunda uygulama alanı bulabilmektedir. Oysa 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri ile MK'un 24'üncü maddeleri arasında bir çelişki olduğu söylenemez.

Kanaatimizce de, biraz yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinde öngörülen yöntemler MK 24 ve 25

anlamında kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere göre özel bir hüküm olarak kabul edilmemelidir. 9 ve 9/A'daki yöntemler kendine özgü, acil durumlarda uygulanması gereken özel bir koruma yolu olarak benimsenmelidir.

Konu bu bakış açısıyla yorumlandığında, kişilik hakları ihlal olan bireylerin olayın özelliğine göre tercihli olarak genel hükümlere dayanarak asliye hukuk mahkemesinden hukuki koruma talep edebileceği gibi, koşullarının bulunması durumunda 5651 Sayılı Kanun hükümlerine dayanarak hukuki koruma isteyebilmesi de mümkündür. Başka bir deyişle, mağdurun bu konuda bir "tercih hakkı" olduğu söylenebilir.

Ne var ki bu görüş benimsendiği takdirde, 5651 Sayılı Kanun'un 8/15 hükmüne göre yalnızca 5651 Sayılı Kanun'un 8, 9 ve 9/A maddelerine göre değerlendirmede bulunacak olan uzmanlaşmış sulh ceza hakimlikleri gibi yapılanmalara asliye hukuk mahkemeleri arasında da gereksinim duyulabilir.

Uygulamada, biraz yukarıda özetlenen ilk görüşe aykırı biçimde, verilen başka kararlarla da İnternet sitelerine erişim yasağı konduğu görülmektedir. [Yasada olmayan bu yolu Yargıtay 4'üncü CD içtihat ile açmıştır. 4'üncü CD 02. 03. 2010 T. , 2009/29731 E. , 2010/3477 K. sayılı kararı ile MK 24 ve 25 hükümlerine dayanılarak web sitelerine erişim yasağı konabilir ve bu şekilde konan erişim yasağı kararlarının uygulanmasında da TİB görevlidir. (Geniş açıklama için ve kararın geniş özetiyle eleştirisi için bkz Özen ve Baştürk**,** 2011, 37-38,-39)]. Bursa 6'ncı Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen 29.06.2012 T. 2012/240 E., 2012/426 K. sayılı karar buna bir örnektir. Bu karar ile bir tür işçi-işveren-işyeri buluşma platformu olan firmafaresi.com adlı web sitesine erişim yasağı konmuştur. [Kapatılan web sitesi, anonim bir sitedir. Bursa'nın ve Türkiye'nin belli başlı şirketleri-iletişim bilgileri ile birlikte- (toplam 25.000 firma) sitede yer almakta ve bu şirketlerde zamanında çalışan kişiler, takma adlarını veya asıl kimliklerini vererek adı geçen şirket hakkındaki yorumlarını paylaşmaktadırlar. Aynı şekilde, yapılan yorumlara karşı adı geçen şirket yetkilisi de karşı yorumda bulunabilmekte ve yanıtını da verebilmektedir. Böylece, o şirketle iş yapacak olan veya o şirkette çalışacak olan kişiler, adı geçen şirket hakkındaki olumlu-olumsuz izlenimlerini bu web sitesi aracılığıyla duyurabilmektedirler. Sitedeki yorumlar

denetimden geçmekte ve hakaret, tehdit içerikli olan yorumlar ya düzeltilerek yayınlanmakta ya da tamamen kaldırılmaktadır.

Bu yöntemle çalışan başka siteler de bulunmaktadır. Bunlardan en çok bilinenlerinden biri www.sikayetvar.com adlı sitedir. Bu sitede de herhangi bir kurumdan (özel veya kamu) şikayetçi olduğunuzda site yöneticileri yorumunuzu yayınlayıp adı geçen şirkete iletmekte ve o şirketin yanıtını da sitede paylaşmaktadırlar. Böylece tüketici hangi şirketi seçebileceğine/hangi şirketin ürününden yararlanabileceğine karar vermektedir.]

Kararın gerekçesine bakıldığında, erişim yasağının öncelikle hasımsız olarak açılan bir talep üzerine görevsiz mahkeme tarafından ve davalı İnternet sitesi sahibine savunma hakkı tanınmadan verildiği anlaşılmaktadır. [Oysa ifade etmeliyiz ki 6100 Sayılı HMK md 383 gereğince çekişmesiz (hasımsız) olarak açılan davalarda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. (Kuru/ Arslan/Yılmaz, 2014, 120, 738)]

Ayrıca verilen kararın gerekçesinden HMK 392 vd maddelerinde düzenlenmiş olan ihtiyati tedbirlere dayanıldığının da anlaşılamadığı; keza gerekçede buna ilişkin bir ifadenin de yer almadığı görülmektedir. Öte yandan, kapatmaya gerekçe olarak gösterilen ifadeler incelendiğinde, yerleşik yargı kararlarında bu tür ifadelerin tamamen eleştiri hakkı sınırında kalan ifadeler olarak kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca, davada davacı vekilinin 5651 Sayılı Kanun'un (eski) 9'uncu maddesindeki "uyar-kaldır" olanağını hiç talep etmediği de anlaşılmaktadır. [Nitekim verilen karara tarafımızdan itiraz edilmiş ve yapılan yargılama neticesinde İnternet sitesi erişime açılmıştır. Bu kararın davacı (talep eden) Karsan AŞ vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine karar yukarıda özetlenen Yargıtay 4'üncü HD'nin 27.06. 2013 T., E.2013/9466 E., 2013/12474 K. sayılı ile "görev" yönünden bozularak gönderilmiş, yeniden yapılan yargılamada yerel mahkeme Yargıtay'ın bozma kararına uymuştur. Kararın verildiği dönemde 5651 Sayılı Kanun'da 6518 Sayılı Kanun ile henüz değişiklik yapılmamıştı.]

MK'un 25'inci maddesinde kişiliğin korunmasında uygulanabilecek yöntemlerin (dava ve talep türlerinin) neler olduğuna biraz yukarıda değinilmişti. MK'un 25'inci maddesinin bu bağlamda herhangi bir kişilik hakkı

ihlal edilen bireylere bir "talep hakkı" tanıdığını da biraz yukarıda ifade etmiştik.

Konuya bu açından yaklaşıldığında, MK 24 ve 25 hükümlerinin 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi ile hemen hemen aynı kapsamda uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir. Keza MK'un 24/1 maddesinde *"hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse"*denerek, herhangi bir kişilik hakkına saldırı olması durumunda, herhangi bir kişinin (gerçek veya tüzel kişi) MK 25'te sayılan koruma tedbirlerini yargıçtan talep edebileceği ifade edilmiştir. Aynı şekilde 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesindeki *"İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar"* şeklindeki ifade ile de İnternet ortamında herhangi bir kişilik hakkı ihlal edilen gerçek veya tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların maddede belirtilen haklardan yararlanabileceği belirtilmiştir. Şu halde, 9'uncu maddenin kişilere tanıdığı koruma kalkanı ile MK'un 24 (ve 25'inci) maddelerinin kişilere tanıdığı koruma kalkanı arasında belirgin bir fark olmadığı söylenebilir. İki madde arasında, "sağladığı koruma kalkanı açısından" söylenebilecek tek fark 5651 Sayılı Kanun'nun 9'uncu maddesinin kurum ve kuruluşlara da maddede tanınan olanaklardan yararlanma hakkı vermesidir. Kurum ve kuruluşların ise hangileri olduğu tartışmalıdır. (Geniş bilgi için bkz Bölüm II, Başlık 2.6.3)

5651 Sayılı Kanun'un 9/A maddesi ise, sağladığı "koruma kalkanı" açısından MK 24, 25 ile 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi kadar kapsamlı değildir. Zira 9/A maddesindeki hükümden yararlanabilecek olanlar ancak *"İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler"*dir. Bu kişilerin gerçek kişiler olması gerektiğini düşünmemek için bir neden olmadığı görüşündeyiz. Zira, eğer tüzel kişiler veya kurum ve kuruluşlarının da 9/A maddesinin korumasından yararlanması düşünülmüş olsaydı yasada 9'uncu maddedeki gibi tüzel kişiler veya kurum ve kuruluşlar da açıkça belirtilirdi. Kaldı ki 9/A maddesinin başlığı "özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi" olup, özel hayat yalnızca gerçek kişilere özgü bir kavramdır. Şu halde, 9/A maddesi bağlamında "koruma kalkanı"nın gerçek kişiler dışındaki kişiler bakımından geçerli olması

bu nedenle de mümkün görünmemektedir. Durum böyle olunca, MK 24 (ve 25) hükmünün 5651 Sayılı Kanun'un 9/A maddesine göre daha geniş bir "koruma kalkanı"na sahip olduğu söylenebilir.

3.4.2. Haksız Rekabete İlişkin Kurallar ve Erişim Yasakları

Haksız rekabet, yanlış ilanlar ve dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarla rakibin müşterilerini azaltmaya veya ticari şeref ve itibarını sarsmaya sebep olan, iktisadi rekabetin her türlü yollarla kötüye kullanılmasına yol açan fiillerdir. (Karahan, 2003, 190). Haksız rekabet ile amaç, rakipleri ezmek ve onların ekonomik varlığına son vermek olduğu için, haksız rekabet kişinin ekonomik bütünlüğüne yönelmiş olan haksız eylemdir. (Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 393). Bu bağlamda hukukumuzdaki haksız rekabete ilişkin kuralların amacının rekabette dürüstlüğün sağlanması ile bozulmamış olan rekabetin korunması olduğu söylenebilir. (Çelikbaş, 2013, 13)

Hukukumuzda haksız rekabet hem 6098 Sayılı TBK'da hem de 6102 Sayılı TTK'da düzenlenmiştir. TBK'nın 57, TTK'nun ise 54 vd maddeleri haksız rekabete ilişkin düzenlemeler içermektedir. Ne var ki TTK'daki hem de BK'daki haksız rekabete ilişkin kuralların aynı anda yürürlükte olması hangi hükmün hangi koşullar altında uygulanacağı sorununu beraberinde getirmiştir. (Çelikbaş, 2013, 16). Bundan ötürü, karşışıklığa yol açılmaması adına, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar ticari iş niteliğinde ise TTK, ticari olmayan nitelikte ise TBK hükümleri uygulanacaktır. [6102 Sayılı TTK madde 3/1 *: "Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir."* Buna göre, *"diğer kanunlarda düzenlenmiş olan ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem, fiil ve işler ticaridir… "ilgilendiren" terimi bir ticari işletmenin sadece taraf olduğu işlemleri değil, ticari işletmenin konu olduğu işlemleri de kapsar"* (Karahan, 2003, 49) . Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 393. Çelikbaş ise BK'nun haksız rekabete ilişkin düzenlemelerinin yürürlükten kaldırılması gerektiğini düşünmektedir. (Çelikbaş, 2013, 18)]. Konuya bu yönüyle bakıldığında, TBK'nın 57'nci maddesinin MK 24'ün haksız rekabet alanındaki özel uygulaması olduğunu

söylemek mümkündür. [Akipek/Akıntürk/Karaman, 2011, 393. Karahan, bu ayrımın doğru olmadığını savunmakta ve mülga BK 48'in yürürlükten kaldırılması gerektiğini düşünmektedir. Zira yazara göre mülga TTK 56'daki *"iktisadi rekabetin her türlü suiistimali"* şeklindeki ifade genel anlamda ticari olsun olmasın, tüm haksız rekabet hallerini kapsamaktadır. Ne var ki Yargıtay'ın aksi yönde kararları bulunmaktadır. (Karahan, 2003, 187-188) (Bu görüşün yeni TTK ve TBK dönemi için de geçerli olduğu söylenebilir.)]

6098 Sayılı TBK'nun 57/1 maddesinde haksız rekabet "*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir."*şeklinde ifade edilmiştir. Şu halde TBK anlamında bir eylemin haksız rekabet olması için bir kişi hakkında gerçek olmayan haberlerin yayılması ya da ilanların yapılması yahut buna benzer dürüstlük kurallarına aykırı hareketlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

6102 Sayılı TTK'nun 54/2 maddesinde haksız rekabet *"Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."* şeklinde ifade edilmiştir. TTK anlamında bir eylemin haksız rekabet olarak tanımlanabilmesi için rakiplerin birbirleriyle, tedarik edenlerle müşterilerin veya işletmelerin müşterileriyle olan ilişkilerinin zedelenmesine yol açabilecek uygulamaların bulunması gerekmektedir.

Haksız rekabetin konumuzla bağlantılı olan düzenlemesi TTK'nun 58'inci maddesindeki düzenlemedir. *"Basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu"* başlığını taşıyan 58'inci maddenin 4'üncü fıkrasında haksız rekabet eyleminde bulunan şirketin İnternet sitesi hakkında nasıl bir yaptırımın uygulanacağı düzenlenmiştir. Adı geçen düzenleme şöyledir:

> "*III - Basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu*

MADDE 58-(4) Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılamaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir."

İki inşaat şirketi arasında bir kepçe markası uyuşmazlığı nedeniyle kurumlar arasındaki ithalat ve ihracat merkezi olan alibaba.com adlı web sitesinin uzun süre erişime kapalı kalması haksız rekabete ilişkin kuralların işletilerek de mülga TTK döneminde web sitelerine erişim yasağı konduğunu ortaya koyan çarpıcı bir önek oluşturmaktadır. (Akgül, 2008, 352)

6102 Sayılı TTK 58'de de haksız rekabete dayanılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konabileceği ifade edilmiştir.

Yakın bir tarihte maddenin bir uygulaması yaşanmıştır. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'na aykırı olarak avukatlık hizmeti veren bir İnternet sitesine Türkiye Barolar Birliği'nin başvurusu üzerine İstanbul 12'nci Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 10.10.2013 tarih E.2013/670, K.2013/351 sayılı kararıyla "*Davalı şirketin internet sitesinden bu ibareleri çıkartması, yayınlarını düzeltmesi suretiyle haksız rekabetin önlenmesine, TTK 59. maddesi gereğince gideri davada haksız çıkan davalı taraftan alınmak kaydıyla hükmün kesinleşmesinden sonra ulusal düzeyde yayın yapan ve tirajı 50.000'in üzerinde olan bir ulusal gazetede hükmün ilanına"* karar verilmiştir. Karar, Yargıtay 11'inci Hukuk Dairesi'nin 01.04.2015 T 2015/219 E., 2015/4572 K. sayılı kararıyla da onanmıştır. [http://www.barobirlik.org.tr/Detay64181.tbb (Erişim Tarihi: 28.08.2015)]. Anlaşıldığı kadarıyla yargıç içeriklerin İnternet sitesinden çıkarılması yönüyle, TTK'nın 58/4 hükmüne dayanarak gerekçesini kurmuştur.

Yeni düzenlemenin eski düzenlemeye göre en temel farklarından biri yargıca erişim yasağı tedbiri de içeren yetki kullanma hakkı tanımasıdır. Öte yandan, 6102 Sayılı TTK'nın uygulamasına göre, haksız rekabet nedeniyle bir İnternet sitesinin kapatılması gündeme geldiğinde, kararı verecek olan yargıç, haksız rekabet kurallarını ihlal ettiği iddia edilen İnternet sitesinin (veya şirketin) yetkilisini de dinleyerek web sitesinin kapatılmasının gerekip gerekmediğini karara bağlayacaktır. [TTK'nun 58/4'üncü maddesinde İnternet sitelerinin kapatılmasının güç koşullara bağlanmış olmasını olumlu bulan Özen/Baştürk'e göre madde hizmet sağlayıcılar yönünden bir "güvence" sistemi oluşturmuştur. Düzenleme, hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu güçleştirdiği için olumludur. (Özen ve Baştürk, 2011, 243, 244)]. Bunun yanı sıra yargıç, kapatma yerine içeriğin geçici olarak kaldırılmasına da karar verebilecektir. (Aynı yönde bkz Özen ve Baştürk, 2011, 245, 251)

İlgilinin dinlenmesi uygulamasının aynı zamanda AİHS md 6 anlamında koruma altına alınan ve adil yargılanma ilkesinin bünyesinde yer alan silahların eşitliği ilkesi ile de bağdaşık olduğunu söylemek mümkündür. Bu yönüyle, AİHM nezdindeki mahkumiyetlerin ve hak ihlallerinin de asgariye indirileceği söylenebilir.

Özel hak ilişkisinin bir tarafında hak sahibi, diğer tarafında ise o hakkın yükümlüsü yer almaktadır. Hak sahibinin talebini yükümlü ifa etmekle ödevlidir. Yükümlü, bu yükümlüğünü kendiliğinden yerine getirmezse, hak sahibi yükümlüyü hukuk yoluyla zorlayabilir. (Gözler**,** 2014/a, 402). Bu cümleden olarak, özel hukukta korunan menfaat, niteliği gereği kişiseldir. (Gözler, 2014/a, 64). Bunun sonucu olarak da haksız rekabet söz konusu olduğunda hem hak sahibinin talebi olmadan mahkeme harekete geçmemekte, hem de silahların eşitliği ilkesi gereğince yükümlü durumunda olan kişinin de savunmasını almaktadır. Keza daha önce de ifade edildiği gibi 5651 Sayılı Kanun'un 8 veya 8/A maddelerinde, yalnızca kişisel yarar değil, kamu yararı da korunmaktadır.

Web sitelerindeki hukuka aykırı içerik, kişisel hakları ihlal ettiği gibi, kamu düzenini de etkileyebilmektedir. Derhal harekete geçilmediği durumda kamu düzeni ciddi biçimde etkilenebilecek veya bozulabilecektir. Böyle bir

durumda içeriği barındıran web sitesi sahibinin (yükümlünün) savunmasının alınması, suça konu olabilecek delillerin de yok edilmesinin önünü açabilecektir. Zira kamu çıkarları özel çıkarlardan üstün tutulur. (Derbil, 1950, 6)

Oysa haksız rekabet öncelikle iki özel hukuk gerçek/tüzel kişisi arasındaki bir hakkın ihlalidir. Bundan ötürü, kamu hakkından ziyade özel nitelikteki bir hak ihlal edilmektedir. Öyleyse, 5651 Sayılı Kanun'da olduğu gibi derhal harekete geçilmesini gerektiren bir durum söz konusu olmayabilir. Bundan ötürü hem taleple bağlı olarak yargıç hareket etmekte, hem de karşı tarafın da savunmasını almaktadır. Çünkü hiçbir özel çıkarın diğer özel çıkar karşısında bir üstünlüğü yoktur. (Derbil, 1950, 6)

Düzenlemenin, web sitelerinin kapatılmasını zorlaştıracağı ifade edilebilir. Bu nedenle de 5651 Sayılı Kanun'da düzenlenmemiş olan web sitesinin yetkilisinin dinlenmesi şeklindeki eksikliği- haksız rekabet yönünden- giderdiği söylenebilir. Bu uygulamanın 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine de konmasının web sitelerinin kapatılmasını güçleştireceği ve doğabilecek olası mağduriyetleri engelleyeceği düşüncesindeyiz.

Kuralın uygulanmasında dikkat edilmesi gereken önemli bir ayrıntı, haksız rekabet söz konusu olduğunda kural olarak bilişim kuruluşlarına (yani İnternet servis sağlayıcılarına) başvurulmadan, doğrudan doğruya ihlale yol açan kuruluşa başvurulacağıdır. Bu başvurudan sonuç alınamaması durumunda ise yasada belirtilen yolun işletilmesi gündeme gelecektir. (Detaylı bilgi için bkz Özen ve Baştürk, 2011, 223-239). Öte yandan, sorumluluğun belirlenmesi bakımından önem taşıyan ve 58'inci maddenin başlığında belirtilen "bilişim kuruluşları"nın kimler olduğu yasada tanımlanmadığı gibi, metnin içerisinde belirtilen "bilişim işletmeleri" ve "bilişim aracı" kavramları da tanımlanmış değildir. Bu üç kavrama ne 5651 Sayılı Kanun'da ne de diğer yasalarda rastlamaktayız. Bundan ötürü, *"bilişim kuruluşları, bilişim işletmeleri ve bilişim aracı"* kavramları, uygulamada özellikle de haksız rekabetten doğan sorumluluğun tespiti bakımından birtakım karışıklıklara yol açabilir. (Özen ve Baştürk, 2011, 224, 230). Keza aynı metnin içerisinde ayrıca bir de "hizmet sağlayıcı" kavramının da tanımlanmadığı halde kullanılmış olması da yasanın

yeterli özen gösterilmeden hazırlandığını ve dilinin hukuk terminolojisine uygun olmadığını da göstermektedir. [Aksi görüşe göre hizmet sağlayıcı kavramı üst, genel ve kapsayıcı bir kavramdır. Bu nedenle de yasaya dahil edilmesi olumlu olmuştur. Ne var ki kavramın içeriğinin doldurulması ve tanımlanması belirlilik ilkesi ile sorumlulukların tespiti bakımından önemlidir. (Özen ve Baştürk, 2011, 240)]

Belirtilmelidir ki tanımdaki belirsizlikten ötürü, özellikle haksız rekabetten doğan sorumluluğun ortaya konması adına İnternet sitesine sahip olan tüm ticari işletmelerin "bilişim işletmesi" olarak kabul edilme riski söz konusu olabilecek; bu da bu tür şirketlerin ayrıca 5651 Sayılı Kanun'da erişim veya yer sağlayıcılar için getirilen yasal sorumluluklara tabi tutulması tehlikesine yol açabilecektir. (Özen ve Baştürk, 2011, 225,226)

3.4.3. İhtiyati Tedbirler ve Erişim Yasakları

İhtiyati tedbirler, bir hukuki durumda gecikme olması durumunda ciddi ve telafi edilemez nitelikte zararın ortaya çıkabilme olasılığı olduğunda hükmedilen, davanın uzamasından doğan sakıncaları gidermek ve geçici hukuki koruma sağlamak amacıyla hükmedilen koruma araçlarıdır. (Deren-Yıldırım, 1999, 4) Başka bir deyişle, davacının davasını kazanması durumunda dava konusu olan talebine kavuşmasını henüz dava sırasında (hatta bazen davadan önce) güvence altına almaya yarayan geçici koruma aracına ihtiyati tedbir denir. (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2014, 558; Mazlum, 2012, 567)

Nitekim 6100 Sayılı HMK'nun 389/1'inci maddesinde, *"İhtiyati tedbirin şartları"* başlığı ile *"Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir."* denerek ihtiyati tedbirin geçiciliği ve bu tedbirin ancak gecikmede sakınca olan hallerde uygulanabileceği ifade edilmiştir. (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2014, 558)

İhtiyati tedbirlerin geçici olması niteliğinden ötürü, tedbire karar verecek olan mahkeme, asıl uyuşmazlığın yerine geçecek şekilde ve asıl

hükmün sonucunu doğuracak şekilde karar veremez. (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2014, 561)

Nitekim Yargıtay 4'üncü HD, 16.6.1975 T., 1975/3743 E., 1975/7667 K. sayılı kararında *"Davanın esasını çözümleyecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemez. Tedbir önemli bir zararın meydana gelmesini önleyecek şekilde verilmelidir. Bir tarafın şahsi ihtiyacını karşılayıp pek çok insana zarar vermesi ihtimali bulunan bir konuda ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün değildir."*diyerek, sonucundan pek çok kişinin etkileneceği şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğine hükmetmiştir. [http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 4'üncü HD'nin, 16.6.1975 T., 1975/3743 E., 1975/7667 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:18.04.2014)]

Öte yandan, 6100 Sayılı HMK'nun 390/2'nci maddesinde *"Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir."* denerek, verilecek olan ihtiyati tedbir kararı için karşı tarafın savunmasının alınmasının gerekmediği ifade edilmiştir. Her ne kadar HMK'nun 394'üncü maddesinde *"(1) Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir."* denmekte ise de ikinci cümledeki *"aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz."* şeklindeki ifadeden de yola çıkılarak yasada tanınan itiraz olanağının ihtiyati tedbirler yoluyla İnternet'e konacak olan erişim yasakları bağlamında çok etkin olmadığı söylenebilir.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki *"İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler."* şeklindeki düzenlemeden de üçüncü kişilerin de ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilecekleri anlaşılmaktadır. Şu halde, bir İnternet sitesine ihtiyati tedbir yoluyla konan erişim yasağına karşı bu İnternet sitesinden yararlanan kişilerin de itiraz hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. (Aynı yönde bkz Avcı, 2013, 352)

İnternet sitelerine konan erişim yasağı nedeniyle bu İnternet sitesinin sahibinin yanı sıra, İnternet sitesinden yararlanan pek çok kişinin bilgiye ulaşma, düşünceyi ifade, bilim ve sanat özgürlüğü gibi hakları ihlal

edilmektedir. Bu nedenle, HMK hükümlerine dayanılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konmasının olanaklı olmadığı söylenebilir.

Kaldı ki hakları ihlal olunan pek çok kişi, mevzuatımızdaki düzenlemelerden kendisine uygun olan yöntemi seçerek İnternet sitelerine erişim yasağı konması yönünde talepte bulunabilmektedir. Mevzuatımız, İnternet sitelerine erişim yasağı koyma gerekçeleri bakımından oldukça geniştir. Bundan ötürü, mağduriyet yaşayan kişilere HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlemelerini gerekçe göstererek erişim yasağı koyma talebinde bulunma hakkı tanınması ve mahkemeler tarafından bu nitelikte kararlar verilmesi zaten hukukumuzda çok geniş şekilde uygulanan erişim yasağı kararlarının kapsamını daha da genişletecektir.

Ayrıca, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde 6518 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde ve yasaya eklenen 9/A maddesi ile kişilik haklarının veya özel hayatın gizliliğinin ihlali gerekçe gösterilerek dahi kişilere erişim yasağı kararı aldırma olanağı tanınmıştır. Ayrıca, fikri hakları ihlal edilen kişilerin de FSEK Ek 4'üncü maddesinin himayesinden yararlanma, haksız rekabete maruz kalanların ise TTK 58 hükümlerinden yararlanma hakkı da vardır. Şu halde, HMK'daki ihtiyati tedbirlerin İnternet sitelerine erişim yasağı konması için uygulanmasında gereklilik de bulunmamaktadır. [Avcı ise, kural olarak Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki sınırlandırma ölçütlerine bağlı kalınarak ihtiyati tedbir yoluyla İnternet sitelerine erişim yasağı konabileceğini, FSEK EK-4'teki düzenlemenin İnternet sitelerine erişim yasağı koyma yönünde yargıçlara ya da savcılara yetki vermediğini ifade etmektedir. (Avcı, 2013, 355). Keza, Avşar ve Öngören de ihtiyati tedbir yolu ile MK 24 ve 25'e dayanılarak verilen erişim yasağı kararlarının hukuka uygun olduğu görüşündedir. (Avşar ve Öngören, 2010, 304)]. Aksi yöndeki bir kabul, belirtilen diğer mevzuatın konuluş amacıyla bağdaşmayacağı gibi, erişim yasağı kararı almak için yasalarda sayılan nedenlerin de yargıç yorumu yoluyla genişletilmesi gibi hukuka aykırı bir sonucun ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Böylesi bir durumun da hukuk güvenliği ile ne derecede bağdaşık olduğu tartışılmalıdır.

Öte yandan, yukarıda belirttiğimiz üzere, HMK'nun 389/1'inci maddesi gereğince, ihtiyati tedbir kararı ancak ve ancak *"mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde"*verilebilecek bir tedbirdir. Hakkın elde edilmesinin güçleşmesi ya da gecikmede sakınca olması durumlarında ise zaten 5651 Sayılı Kanun'un 9 ve 9/A maddeleri kişilik haklarının ihlali; FSEK Ek-4 maddesi ise fikri hak ihlalleri durumlarında uygulanacağı için, ihtiyati tedbirler için gereken bu koşulların gerekçe gösterilmesi yoluyla İnternet erişiminin engellenmesi mümkün görünmediği gibi, niteliği itibarıyla koruma tedbiri olan erişim yasaklarının ceza muhakemesi hukuku yöntemlerine göre verilmesi de hukuk güvenliği açısından önemlidir.

Diğer yandan, ihtiyati tedbir verilmesi için, talepte bulunanın iddiasını tam olarak ispatlaması gerekmez. (Üstündağ, 2000, 586). Mahkemenin, ihtiyati tedbir isteyen kişinin hakkının mevcut olduğuna kanaat getirmesi (onu kuvvetle muhtemel görmesi) yeterlidir. (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2014, 560). Başka bir deyişle, ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için mahkemenden tedbir isteyenin, bunu istemeye hakkı olduğunun olası gösterilmesi gerekli ve yeterlidir. (Konuralp, 2009, 572). Buna öğretide "mukarine ispat" adı da verilmektedir. (Deren-Yıldırım, 1999, 54-55)

Oysa, İnternet sitelerine erişim yasağı konması için 5651 Sayılı Kanun'un sekizinci maddesinde "yeterli şüphe sebebi" bulunması şartı aranmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi, yeterli şüphe, CMK 170/2 gereğince, savcıya iddianame hazırlaması için yetki veren şüphedir ve tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, şüphelinin mahkum olma olasılığının beraat etme olasılığına nazaran daha güçlü olduğu şüphe derecesini ifade etmektedir. Şu halde, yeterli şüphenin gerçekten ciddi bulgu ve belgelere dayanması gerekmektedir. Bu yönüyle, bir koruma tedbiri olan erişim yasağı için aranan yeterli şüphe sebebinin, ihtiyati tedbire hükmedilmesi için aranan mukarine ispat koşuluna göre daha güçlü kanıtlara dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Durum böyleyken, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı bir

önlem için mukarine ispat şartını yeterli görmek de hukuk güvenliği ile bağdaşık görünmemektedir. Bu nedenle de ihtiyati tedbir yoluyla İnternet sitelerine erişim yasağı konmaması gerekmektedir.

Ne var ki durum böyle olmakla birlikte, İstanbul 8'inci Asliye Ticaret Mahkemesi Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 103'üncü maddesine dayanarak, dosya üzerinden verdiği 31.07.2002 tarihli 2012/1860 D.İş sayılı kararında "*Dosya kapsamına bilirkişi tespitine göre tedbir isteminin kabulüne, www.turkskandal.com (www.skandalturk.com) isimli İnternet sitelerindeki ... Bankası'nı hedef alan yayınların tedbiren durdurulmasına, Kararın Türk Telekomünikasyon A.Ş. ve RTÜK aracılığıyla İnternet servis sağlayıcılarına duyurulmasına, abone ve İnternet kullanıcılarının bu sitelerden yararlanmalarının önlenmesine"* gerekçesini kurmuş ve adı geçen İnternet sitesine erişim yasağı koymuştur. (Avşar ve Öngören, 2010, 304). Ancak, biraz yukarıda izah ettiğimiz nedenlerle bu kararın emsal olamayacağını düşünüyoruz. Zira, 5651 Sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra ihtiyati tedbirlere dayanılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konamayacağı kanaatindeyiz.

3.4.4. Erişim Yasakları ve Tazminat Sorumluluğu

Erişim yasaklarının hukuka aykırı şekilde uygulanması veya hukuka aykırı yöntemle erişim yasağı kararı alınması durumunda, haksız uygulamaya maruz kalan İnternet sitesi sahiplerinin tazminat talebi gündeme gelebilir.

Öte yandan, hukuka aykırı şekilde, ihtiyati tedbir kararı verilmesi durumunda ihtiyati tedbir talep eden kişiden, tazminat talep edilebileceği ise HMK'nun 399'uncu maddesinde *"(1) Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür. (2) Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır."* denerek ifade edilmiştir. [Avcı, buradaki tazminatın kusursuz sorumluluk ilkesine dayandığını ifade etmektedir. (Avcı, 2013, 352); Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre ise, bu sorumluluk

haksız fiil sorumluluğuna çok benzer. Bu nedenle de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulanması gerekir. (Kuru/Arslan/Yılmaz, 2014, 565)]. Buradaki sorumluluk, haksız şekilde ihtiyati tedbir talep eden kişiye ait olup, bu kararı haksız şekilde veren yargıçlara (veya savcılara) karşı bu madde hükmüne dayanılarak tazminat talebinde bulunulması mümkün değildir. Devlet görevlilerinin haksız uygulamalarına karşı ancak Anayasa'nın 40'ıncı maddesindeki yöntemle tazminat istenebilir.

HMK'nın 391'nci maddesinde ise, hakkında ihtiyati tedbir kararı verilen kişinin mağduriyetinin giderilmesi adına, ihtiyati tedbir talep eden kişiden teminat alınması gerektiği *"ihtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır."* şeklinde ifade edilmiştir.

Hukuka aykırı olarak İnternet siteleri kapatılan İnternet sitesi sahiplerinin tazminat yoluna başvurabileceği 5651 Sayılı Kanun'da düzenlenmiş değildir.

Keza CMK'nın koruma tedbirleri nedeniyle tazminat koşullarını düzenleyen 141 ve devamı maddelerinde de İnternet sitelerine konan erişim yasaklarından ötürü bireylerin devletten tazminat talep edebileceklerine ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır.

Bu nedenle, İnternet sitesine hukuka aykırı olarak erişim yasağı konan kişilerin ve kapatılan İnternet sitelerine ulaşmak isteyen kullanıcıların tazminat talep etme hakkının olmadığı ve yasal boşluk nedeniyle bireylerin bundan doğan tazminat taleplerinin mahkemeler tarafından reddedileceği söylenebilirse de (Avcı, 2013, 350) Anayasa'nın 40/son düzenlemesi gereğince kişilerin resmi görevliler tarafından gerçekleştirilen haksız işlemler sonucunda uğradığı zararın devlet tarafından yasaya göre giderilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, İnternet sitesine haksız uygulama veya haksız karar sonucunda erişim yasağı konan site sahibinin devlete karşı özellikle TİB/BTK'nın idari tedbir kararlarından ötürü tazminat davası açma hakkı olduğu kuşkudan uzaktır. Ne var ki kapatılan İnternet sitelerine erişmek isteyen kullanıcılar bakımından ise bu yolun açık olduğunu söylemek olası görünmemektedir.

AYM'nin, Twitter adlı web sitesine konan erişim yasağı nedeniyle, Twitter kullanıcısı olan kişilerin bireysel başvurusu sonucunda vermiş olduğu ihlal kararı, bir İnternet sitesinin erişime kapatılması durumunda tazminat talebi reddolunan kişiler bakımından emsal oluşturabilecektir. Kararda, başvurucular lehine tazminata hükmedilmemiş, yalnızca Anayasa'nın 26'ncı maddesinin ihlali tespit edilmiş olsa da başka bir başvuruda, AYM'nin bu kararı emsal gösterilerek tazminat talep edilmesi mümkün olabilecektir. Keza AYM, Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı da buna başka bir örnektir. [http://www. kararlaryeni .anayasa. gov.tr/ BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi:16. 04. 2014). Nitekim arkasından AYM, 29.05.2014 tarihinde bu kez de Youtube için benzeri bir ihlal kararı vermiştir. (http://sozcu.com.tr/2014/gundem/aymden-beklenen-Youtube-karari-520343/) (Erişim Tarihi:30.05.2014). http://www. kararlaryeni. anayasa .gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı (Erişim Tarihi:17.06.2014)]

Sonuç olarak, TİB/BTK'nın idari tedbir yoluyla verdiği erişim yasağından mağduriyet doğması durumunda, mağdur olan web sitesi sahiplerinin idari yargıda tam yargı davası açarak zararlarının giderilmesini istemesi mümkün olduğu düşünülebilir.

BULGULAR, ÖNERİLER ve SONUÇ

4.1. Bulgular

Çalışmamız kapsamında, İnternet'e erişim yasakları konusunda aşağıdaki başlıca bulgulara ulaşılmıştır:

1.) Erişim yasağı kararlarına itiraz durumunda, itiraz edenlerin "ilgili" sıfatı, yerel mahkemelerce dar yorumlanmaktadır. AYM, bu konudaki yorumu genişletmiştir.

2.) Erişim yasaklarına ilişkin mevzuat dağınıktır. 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine göndermede bulunmulmuş dahi olsa, her yasal düzenleme kendi içerisinde farklı itiraz yolları içermektedir. Bu durum, hukuki belirsizliğe ve karışıklıklara yol açmaktadır.

3.) TTK'nın 58/4'üncü maddesindeki özel düzenleme dışında, İnternet sitesine erişim yasağı konan site sahibine, savunma hakkı tanınmamaktadır. Kararlar, web sitesi sahibinin savunması alınmadan, tek taraflı olarak verilmektedir ve kararlar tebliğ edilmemektedir. Bu durum AİHS'in 6'ncı ve

13'üncü ile Anayasa'nın 36'ncı maddelerine, adil yargılanma hak arama özgürlüğü ve etkili başvuru hakkının ihlali yönüyle aykırılık oluşturmaktadır.

4.) Hukukumuzda, TİB Başkanı'na İnternet siteleri hakkında tek başına erişim yasağı koyma yetkisi tanınmaktadır. İdarenin İnternet erişimi üzerindeki yetkisi çok geniştir. İdarenin bu konudaki yetkisine karşı yasa ile öngörülen hukuki yollar, başvurucuya yeterli hukuki korumayı sağlamaktan uzak olduğu gibi idareyi denetlemek için de yetersizdir. Bu durum, AYM kararları ile de tespit edilmiştir.

5.) Koruma tedbiri olarak verilen erişim yasağı kararını uygulamayan sorumlulular hakkında hükmolunan ceza yetersizdir. Bu durum, özellikle kişilik haklarının ve özel hayatın korunması amacıyla yapılan başvurularda, hakları ihlal olunan kimseler açısından sorun yaratabilmekte, sorumluların karara rağmen içerikleri yayından kaldırmaması söz konusu olabilmektedir.

6.) 6518 Sayılı Kanun'la 9'uncu maddede yapılan değişiklik neticesinde, hukuk sistemimizden "uyar-kaldır" uygulaması kaldırılmıştır. Bu durumda yargıç artık ya içeriği erişime kapatmak veya web sitesine erişim engeli koymak durumunda kalmaktadır.

7.) 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi yargıca 9 ve 9/A maddelerindeki gibi "içeriğe erişim engeli koyma" yönünde takdir hakkı tanımamaktadır. Bu durumda, 8'inci madde gereğince, yargıç ya talebi tamamen haklı bularak web sitesini erişime kapatmakta ya da tamamen reddetmek durumunda kalmaktadır.

8.) 5651 Sayılı Kanun'a 26.2.2014 tarihinde 6527 Sayılı Kanun'un 17'nci maddesi ile 15'inci fıkra eklenmiş ve erişim yasaklarını görüşmek üzere özel sulh ceza mahkemeleri (hakimlikler) görevlendirilmiştir. Buna göre, 8'inci maddeye göre soruşturma aşamasında verilen yargıç kararı ile, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu ve 9/A maddesine göre verilen yargıç kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi (hakimlik) bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri (hakimliği) tarafından

verilecektir. Düzenleme, bazı yönlerden olumlu olsa da yetersizdir. Hakimler, bir İnternet sitesine url tabanlı erişim yasağı konup konamayacağı hususunda duraksama yaşarlarsa gerektiğinde bilirkişiden teknik yardım almaktan kaçınmamalıdır.

9.) 5651 Sayılı Kanun'a 27/3/2015 tarihinde 6639 Sayılı Kanun'un 29'uncu maddesi ile, "Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" başlıklı 8/A maddesi eklenmiştir. Düzenleme, yasalaşmasının üzerinden kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen oldukça sık uygulanmıştır. 17 Ağustos 2015 tarihi itibarıyla, en az 309 İnternet sitesinin 8/A maddesi gerekçesiyle erişime engellendiği bilinmektedir. Bu sayı, maddenin yaklaşık beş aylık geçmişi için oldukça fazladır. Sayının halen giderek arttığı söylenebilir. Ayrıca madde pek çok yönden önemli hukuka aykırılıklar içermektedir.

10.) Türkiye'de mahkemelerin ve erişim yasağı kararlarını uygulamakla yükümlü olan TİB'in İnternet sitelerine erişim yasağı koymak için alan adı veya IP tabanlı engelleme yöntemine başvurduğu görülmektedir. 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde 6518 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik URL uzantılı engellemeye izin vermektedir. Ancak aynı yöntemin 8'inci madde bakımından verilen uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir. Türkiye'de nesne tabanlı engelleme olanağı tanınmış değildir.

11.) Türkiye, diğer dünya devletleriyle kıyaslandığında, İnternet'e en çok erişim yasağı uygulayan devletler arasındadır. Bu nedenle, dünyada İnternet ve basın özgürlüğü alanında oldukça geri durumdadır. Özgür olmayan ülkeler sınıfındadır.

4.2. Anayasada Yapılması Önerilen Değişiklikler

Çağdaş anayasal gelişmeler bünyesinde bilgi edinme ve bilgiye ulaşma hakkının kapsamında İnternet'e erişim ve İnternet'ten yararlanma hakkı da düşünülebilir.

Yapılacak yeni anayasada, ulusüstü sözleşmelerin ve kuralların dikkate alınarak bunların Anayasal normlara aktarılması ve Türkiye'nin koşullarına göre uyarlanarak düzenlenmesi ulusalüstü insan hakları hukukunun iç hukuka etkisi karşısında bir zorunluluk haline gelmiştir.

Bu cümleden olarak Anayasa'da aşağıdaki değişikliklerin yapılması düşünülebilir:

1-) İnternet'in pek çok farklı temel hak ve özgürlükle yakın bağlantısının bulunması hatta sözgelimi düşünceyi ifade özgürlüğü ile neredeyse iç içe geçmiş bir hak oluşu, bu hakkı "sui generis" bir hak kılmaktadır. Bu durumda, tıpkı basın, haberleşme, bilgi edinme, eğitim, bilim ve sanat özgürlükleri gibi İnternet'e erişim hakkı da Anayasa'da ayrı bir hak olarak düzenlenmelidir.

Önerilebilecek ilk çözüm yolu Anayasa'nın 28'inci maddesinin tamamen değiştirilmesidir. Anayasa'nın 28'inci maddesi başlığı ile birlikte değiştirilir ve madde içeriği İnterneti *(hatta, hızlı teknolojik gelişmeler karşısında, gelecekte ortaya çıkması muhtemel anayasaya aykırılıkların önüne geçilmesi adına her türlü yayını)* de kapsayacak şekilde düzenlenebilir. Değişikliğin 28'inci maddede yapılacak olmasının temel nedeni, basının mahiyeti itibarıyla İnternet'e çok yakın olmasındandır.

2.) Anayasa'nın 31'inci maddesinde değişikliğe gidilmesinde yarar vardır.

31'inci maddenin başlığı *"kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı"* dır. Anayasa'nın 176/2'nci maddesine göre kenar başlıklar madde metninden sayılmayacağı için, yalnızca başlıktan yola çıkılarak yoruma varılması pek doğru görünmemektedir.

Şu halde, 31'inci maddenin yazılış biçimini ve anlamını yorumlamak gerekir. Öncelikle 31/1'nci madde, kenar başlığı ile koşut olup, kişilerin ve siyasi partilerin kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkını ortaya koymaktadır. Bu durumda, İnternet'ten yararlanma hakkı da bu kapsamda sayılmalıdır.

Ne var ki maddede, kişilerin ve siyasi partilerin kamu tüzel kişiliklerinin elinde olmayan basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmiş değildir. Bu konunun düzenlenmemesinin önemli bir eksiklik olduğu kanısını taşımıyoruz. Zira, bireylerin ve siyasi partilerin kamu tüzel kişilerinin dışındaki kişilerin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanması durumunda, bu araçlara malik olan kişilerin mülkiyet hakkı ile, bu araçlardan yararlanmak isteyen kişilerin haber alma veya bilgilenme hakkı çatışma içinde olacaktır. Bu durumda, bireylerin mülkiyet hakkına üstünlük tanınması gerektiği düşüncesindeyiz.

İnternet'e erişim hakkını bu fıkra kapsamında yorumlayacak olursak diyebiliriz ki bir kişinin herhangi bir kamu kurumundaki İnternet erişiminden yararlanma hakkının bulunmaktadır. Şu halde, sözgelimi bir kimse, adliye binasına girse ve oradaki İnternet hizmetinden yararlanmak istese buna engel olunmaması gerekir. Bir kamu kurumunun İnternet bağlantısına erişim hakkının hangi koşullarla sınırlandırılacağı ise aynı fıkranın son cümlesi gereğince ancak kanunla düzenlenebilir. 31'inci maddenin birinci fıkrasının bu eksende yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

Maddenin ikinci fıkrasında, halkın bu araçlarla haber almasının sınırını koymuştur. İlk sınır, yukarıda da ifade edildiği üzere yasal düzenlemedir. Ancak ikinci sınır ise, ikinci fıkradaki "sınırlamanın sınırı" olarak ifade edilen düzenlemelerdir. Buna göre, halkın bir kamu kurumunun elindeki İnternet'e erişim hakkı, kanunla düzenlenmiş olması koşulu ile ve ancak milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması amaçlarıyla sınırlandırılabilecektir. Sınırlamaların kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasını, halkın bu araçlar kanalıyla haber almasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici mahiyette olması ise Anayasal düzenlemeye göre mümkün değildir.

Eğer aksine bir yorumla, 31'inci maddeden yola çıkılarak İnternet sitelerine erişim yasağı konabileceği, başka bir deyişle, 31'inci maddenin, İnternet'e erişim yasağı konması yönündeki anayasal boşluğu giderdiği

söylenecek olursa, Anayasa'nın 13'üncü Maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik anlamsız kılınmış olur.

Şu halde 31'inci maddenin İnternet özgürlükleri lehine yorumlanmasında yarar vardır. Ancak daha da önemlisi maddenin bireylerin kamu kurum ve kuruluşlarındaki İnternet hizmetinden yararlanabileceğini açıkça ifade eder şekilde yeniden yazılmasıdır.

3.) Anayasa'nın 22'nci maddesi, haberleşme özgürlüğünün kullanım ve sınırlandırma koşullarını ifade ederken, İnternet'e erişim özgürlüğünden ayrıca bahsetmiş değildir. Ancak, İnternet üzerinden e-posta gönderileri de haberleşme kapsamında sayılacağı için, düzenlemenin e-posta sitelerine konacak erişim yasakları bağlamında uygulanacağı söylenebilir. Bir başka deyişle, maddede sayılan sınırlandırma nedenleri dışındaki bir gerekçe ile e-posta hizmeti sağlayan İnternet sitelerine erişim yasağı konması durumunda haberleşme hürriyeti Anayasa'nın 22'nci maddesine aykırı şekilde engellenmiş olacaktır.

Öte yandan, bir veri nedeniyle tüm İnternet sitesine erişim engeli konması aynı zamanda kişilerin haberleşme özgürlüğüne de engel oluşturmaktadır. Bundan ötürü, teknik olarak olanak varsa, sadece ilgili içeriğe erişimin engellenmesi şeklinde bir uygulamaya gidilmesi daha doğru olacaktır.

Gerçekten de teknik olarak bir İnternet sitesinin belli bir bölümüne (sadece sakıncalı içeriğe) erişim engeli koymak mümkündür. Bu yöntemlere başvurulduğunda Anayasa'nın 22'nci maddesi ile güvencelenen haberleşme hürriyeti de ihlal edilmemiş olacaktır.

4.) 1982 Anayasası'nın 74'üncü maddesinde, 13 Mayıs 2010 tarih ve 27580 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5982 Sayılı ve 7.5.2010 tarihli yasa ile yapılan değişiklikten sonra bilgi edinme hakkı bir anayasal hak statüsü kazanmıştır.

Kişisel veriler hakkında bilgi edinme, kişilerin en temel hakları arasında tanımlanmıştır. Anayasa'nın 20/2'nci maddesi ile kişisel verilere erişim hakkı karşılaştırmalı hukuktaki benzerleri gibi anayasal bir hak olarak tanınmıştır.

Değişiklikler olumlu olmakla birlikte yalnızca kamu kurumlarının elindeki bilgilerle ilgili olması, düzenlemeyi karşılaştırmalı hukuktaki bazı emsallerinden ayırmaktadır. Örneğin "Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı"nın 9'uncu maddesi özel kişilerin elindeki bilgilere ulaşma olanağı da tanımaktadır.

Türkiye'de ise 6102 Sayılı TTK'nun 1524'üncü maddesinin 3 ve 4'üncü fıkraları, bilgi edinme hakkının özel görünümünü yansıtmaktadır. Bu düzenlemelere göre herkese yasada koşulları belirtilen özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin bilgilere erişme hakkı tanınmıştır.

Bu nedenle Anayasa'nın 74'üncü maddesine de tıpkı Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nda ve TTK'nın 1524'üncü maddesinde olduğu gibi özel kişilerin elindeki kamusal nitelikteki bilgilere erişme hakkı olduğuna ilişkin bir fıkra da eklenmelidir.

5.) Anayasa'nın 26/1'inci maddesinin son cümlesinde bulunan *"Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir."* şeklindeki düzenleme, İnternet özgürlükleri açısından değerlendirilecek olursa, fıkradaki "veya benzeri yollarla" ifadesinden yola çıkılarak İnternet yayınlarının da izne tabi tutulabileceği söylenebilecek midir?

İnternet'in de bir tür yayım olduğu düşünüldüğünde, maddeye göre İnternet yayınlarının da izne bağlanabileceği söylenebilir. Ne var ki izin rejimi İnternet'in bünyesi ile bağdaşmaz. Zira İnternet, her an her kişinin yararlanabileceği ve hatta web sitesi kurarak bileşeni olarak yer alabileceği bir yapılanmadır. Milyonlarca İnternet sitesinin kurulumu için izin şartı aranması İnternet'in özgürlükçü niteliği ile de bağdaşmaz. Kaldı ki izin şartı, İnternet sitelerinin sayıca fazlalığı ve kurulum kolaylığı da düşünüldüğünde uygulanabilir de değildir. Bu nedenle, maddenin İnternet yayınlarını kapsamaması gerektiğini düşünüyoruz.

Öte yandan, İnternet yayınlarının, niteliği gereği izin sistemine bağlanması hukuken oldukça güç olduğu gibi, teknik olarak da ciddi zorluklar

içermektedir. Milyonlarca İnternet sitesi, hatta kişisel bloglar ve yeni çağın Web 2.0 teknolojisi ile sosyal paylaşım ağları üzerinde oluşturulan profillerin de birer küçük İnternet sitesi olduğu düşünüldüğünde, izin sisteminin nasıl uygulanacağı ve işleyeceği oldukça tartışmalı görünmektedir.

6.) Hacettepe Üniversitesi tarafından oluşturulan 2012 tarihli Anayasa Taslağı 56'ncı maddesinde İnternet'e erişim hakkını açıkça bir hak olarak tanımıştır. Buna göre, İnternet'e erişim hakkının özgürce, sınırlandırmaya tabi tutulmadan kullanılması esastır. Ne var ki İnternet'e erişim özgürlüğü ancak düşünce, bilim ve sanat, basın, haberleşme, toplantı ve gösteri, örgütlenme gibi özelliklerine göre Anayasa'da belirtilen özel nedenlere dayalı olarak sınırlandırılabilecektir.

Taslak metni, İnternet'e erişim hakkını temel haklardan saymakla olumlu bir yaklaşım sergilemektedir. Bu hakkın anayasada açıkça tanınmış olması, hakkın "sui generis" niteliğinin pekiştirilmesi adına önemlidir. Bundan ötürü, Anayasa'da İnternet'e erişim hakkının Taslak'ın 56'ncı maddesindeki gibi ayrıca tanınmasında yarar vardır.

7.) İstanbul Düşünce Enstitüsü tarafından hazırlanan 12.04.2012 tarihli Anayasa Teklifi'nin Teklifin "Basın Araçlarının Korunması" başlığını taşıyan 28'inci maddesi *"Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi, İnternet şebekesi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz."* diyerek İnternet şebekesinin zapt ve müsadere edilemeyeceğini veya işletilmekten alıkonamayacağı ifade etmiştir.

Bu düzenleme, yürürlükteki anayasanın karşılığı olan 28'inci ve 30'uncu maddedeki düzenlemelerin oldukça ilerisindedir. Zira yürürlükteki düzenleme, İnternet şebekesinin zapt ve müsadere edilemeyeceği ile işletmeden alıkonulamayacağını düzenlememektedir.

Yürürlükteki Anayasa'nın 30'uncu maddesinde yasalara uygun şekilde kurulan basımevi ve eklentileriyle basın araçlarının, suç aleti oldukları gerekçesiyle zabt ve müsadere edilemeyeceği veya işletilmekten

alıkonulamayacağı ifade edilmiştir. Şu halde, yürürlükteki Anayasa'nın 30'uncu maddesine İnternet şebekesinin de zabt ve müsadere edilemeyeceği veya işletilmekten alıkonamayacağı şeklinde bir hüküm eklenmelidir. Böylece, İnternet sitelerine konan hukuka aykırı erişimlerden en azından bir kısmı engellenebilecektir.

8.) 30 Aralık 2011 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası HAK-İŞ Konfederasyonu Önerisi sanal ortamda örgütlenme hakkını açıkça tanıyan tasarı olmakla diğer anayasa tasarılarından ayrılmaktadır.

Gerçekten Önerinin 18'nci maddesinde "Örgütlenme Özgürlüğü" başlığı altında *"Herkes, önceden izin almaksızın dernek, vakıf ve sendika kurma ve bunlara üye olma ve üyelikten ayrılma özgürlüğüne sahiptir. Örgütlenme özgürlüğü sanal ortamdaki örgütlenmeleri de kapsar."* denerek, kişilerin sanal ortamda da örgütlenme haklarının olduğu ifade edilmiştir. Düzenlemenin, özellikle sosyal medya üzerinden örgütlenme hakkını tanıması bakımından diğer tasarılardan ve yürürlükteki anayasadan farklılık taşıdığı söylenebilir. Bu bağlamda öneri, sanal ortamda örgütlenme hakkını anayasal düzleme taşımakla oldukça gelişkin bir aşamayı işaret etmektedir. Bundan ötürü, önerideki düzenlemenin bir benzerinin yürürlükteki Anayasa'nın 34'üncü maddesine ek fıkra olarak konmasında yarar olduğunu düşünüyoruz.

4.3. Yasalarda Yapılması Önerilen Değişiklikler

4.3.1. 5651 Sayılı Kanunda Yapılması Önerilen Değişiklikler

5651 Sayılı Kanun'da yapılmasını önerdiğimiz değişiklikleri aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

1.) 6102 Sayılı TTK'nun 1524/3 hükmü 5651 Sayılı Kanun'daki "ilgili" sıfatının yorumlanması açısından önem taşımaktadır. Adı geçen fıkraya göre, TTK'nın 397'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre denetime tabi olan her türlü ticari şirket, İnternet sitesi açarak yasada belirtilen içerikleri paylaşmak zorundadır. Ne var ki İnternet sitesinin bilgi toplumu hizmetlerine ayrılmış bölümü herkesin erişimine açık olacaktır.

Erişim hakkının kullanılması, ilgili olmak veya menfaati bulunmak gibi kayıtlarla sınırlandırılamayacağı gibi herhangi bir şarta da bağlanamayacaktır. Bu ilkenin ihlali hâlinde herkes engelin kaldırılması davasını açabilmesi mümkündür.

Şu halde, hukukumuzda yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarının elindeki bilgilere ulaşma hakkı bakımından tanınan bilgi edinme hakkına, TTK bağlamında bir ayrıksı getirilmiş ve 1524'üncü maddede sayılan koşullarla, herkese yasada koşulları belirtilen özel hukuk tüzel kişilerine ilişkin bilgilere erişme hakkı tanınmıştır. Öte yandan, kişilerin sayılan nitelikteki verilere ulaşmasının engellenemeyecek oluşu da bilgi edinme hakkı açısından fevkalade önemlidir. Dava ehliyetinin "herkese" tanınmış olması da 5651 Sayılı Kanun'da, erişim yasağı kararlarına yapılacak itirazlarda "ilgili" sıfatının nasıl yorumlanması gerektiği yönünde de yol gösterici olabilecektir. Bu bağlamda, AYM'nin Twitter ve Youtube'a ilişkin bireysel başvuru kararlarında, "ilgili" sıfatını geniş yorumlaması da mahkemeler açısından yol gösterici olmaktan öte Anayasa'nın 153/son hükmü karşısında bir zorunluluktur.

2.) Kanaatimizce, hukukumuzda 5651 Sayılı Kanun ve bu kanuna göndermede bulunan özel kanunlar dışında İnternet sitelerine herhangi bir nedenle erişim yasağı konamaz. Aksine bir uygulama, temel hak ve özgürlüklerin aşırı, orantısız ve keyfi biçimde kısıtlanması sonucunu doğurur.

3.) 8'inci maddeye 5/11/2008 tarihinde 5809 Sayılı Kanun'un 67'nci maddesiyle eklenen 13'üncü fıkra ile işlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen yargıç ve mahkeme kararlarına 5271 Sayılı CMK hükümlerine göre TİB tarafından itiraz edilebileceği ifade edilmiştir. Ancak burada TİB'in itiraz hakkının yalnızca işlemlerin yürütülmesine ilişkin Başkanlık'a gönderilen kararlarla sınırlı olduğunu ifade etmek gerekir. Bu nedenle itirazın kararın uygulanmasındaki şekli sorunlara ilişkin olabileceğini, esasa ilişkin bir itirazın öne sürülmesinin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira, esasa ilişkin (koruma tedbiri olarak hükmedilen karara karşı) itiraz için 8/2'nci maddenin son cümlesi hükmü uygulanmalıdır.

4.) 5651 Sayılı Kanun'da katalog olarak sayılan suçların yanı sıra, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 12/7/2013 tarihinde 6495 Sayılı Kanun'un 47'inci maddesi ile eklenen 14'üncü fıkra ile 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşların, kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilecekleri belirtilmiştir. Buna göre, verilen erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere TİB'e gönderilir.

Yasa metni ile göndermede bulunulan 5602 Sayılı Kanun'un md 3/ 1-ç maddesinde ilgili kurum ve kuruluş: *"İlgili mevzuat çerçevesinde şans oyunu tertip etme hak ve yetkisine sahip kurumlar ile bu hak ve yetkinin devredildiği kurum, kuruluş ve özel hukuk tüzel kişilerini"* şeklinde ifade edilmişse de adı geçen maddede bu kurum, kuruluşlar veya özel hukuk tüzel kişilerinin kimler olduğu belirtilmiş değildir. Kanuna dayalı olarak çıkarılan *"Şans Oyunları Lisansının Verilmesi, Lisansa Konu Faaliyetlerin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik"*in 7'inci maddesinde adı geçen kurum, kuruluş veya özel hukuk tüzel kişilerinin TTK'ya göre kurulmuş olan anonim şirket olması, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre müflis olmaması, konkordato ilan etmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması ile yasada aranan diğer koşulları taşıyan şirketler olması gerektiği ifade edilmiştir. Yasada bunun dışında bir belirtge yoktur.

Öyleyse, Milli Piyango İdaresi ile yasadaki koşulları taşıyan anonim şirketler ve yasadan yetkisini alan gerçek kişiler, herhangi bir mahkeme kararına gerek duymaksızın kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabileceklerdir. Bu karar, gereği için sonradan TİB'e gönderilecektir.

Öncelikle, yargıç kararı aranmaksızın, görev tanımı ve yetkisi yasada açıkça belirtilmeyen kişi ya da kuruluşlara kendi görev alanına giren suçlarla ilgili erişim yasağı kararı alma yetkisinin tanınmış olmasının, hukuk devletinin temel koşullarından olarak ifade edilebilecek olan temel hak ve özgürlüklerin

yargıç kararı ile sınırlandırılması ilkesiyle bağdaşmadığı için hukuka uygun olmadığı söylenebilir. Ayrıca, belirtilen kişi, kurum ya da kuruluşların verdiği kararların hiç değilse sonradan yargıç onayına sunulması dahi bir nebze olsun teminat sağlayabilirdi. Oysa, alınan kararlar sonradan da olsa yargıç onayına tabi tutulmamaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 38'inci maddesi ile bağdaşık olduğunu söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan, yasada görev tanımı ve yetkisi belirtilmeyen kurum, kişi ya da kuruluşların görev alanına hangi suçların girdiği de belirsizdir. Ceza hukukunda belirlilik ilkesi en temel ilkelerden olup, hukuk güvenliğinin de gereklerindendir. Belirlilik ilkesinin olmadığı bir durumda hukuk ve kişi güvenliğinden de bahsedilmesi mümkün değildir. Kaldı ki yasal düzenleme dikkatle incelendiğinde, "kendi görev alanına giren suçların İnternet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde" ilgili kişi, kurum veya kuruluşlar İnternet'e erişim yasağı koyabilecektir. Bu durumda, "beyaz hüküm" adı verilen durum söz konusu olabilir. Zira neyin suç olduğuna kanunda belirtilmiş kişi, kurum ya da kuruluşlar karar verecektir. Yasal düzenleme bu yönüyle, suçların yasallığı ilkesi ile ve Anayasa'nın 38'inci maddesi ile de bağdaşmamaktadır.

Yasada belirtilen kişi, kurum ya da kuruluşların vereceği erişim yasağı kararlarına karşı nereye itiraz edileceği de düzenlenmiş değildir. Özel hukuk tüzel kişisinin aldığı erişim yasağı kararına karşı nereye itiraz edilecektir? Diğer yandan, özel hukuk tüzel kişisinin yargıç gibi davranarak erişim yasağı kararı alması hangi hukuk normu ile izah edilebilir?

Öte yandan TİB'e ve diğer kuruluşlara verilen bu yetkinin Anayasa'nın 6'ncı maddesinin son fıkrasının son cümlesine de aykırılık taşıdığı düşünülebilir. Zira, bahsettiğimiz Anayasa hükmüne göre *"Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."* Oysa TİB'in erişim yasağı koyma yetkisi kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkidir.

5651 Sayılı Kanun'nun 8'inci maddesine eklenen 14'üncü fıkra ile Anayasa'nın 36'ıncı maddesiyle güvence altına alınan hak arama hürriyetinin de ihlal edildiği öne sürülebilir. Zira, fıkra gereğince alınacak olan erişim yasağı kararlarına karşı itiraz yolu kapatılmıştır. Kanımızca bu durumda

CMK'nın 267'inci maddesi hükümlerine göre itiraz olanağı da bulunmamaktadır. Zira, CMK 267'de, yargıç kararı ile yasada açıkça gösterilen durumlarda mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği ifade edilmiştir. Oysa, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 14'üncü fıkrasına göre verilen erişim yasağı kararları yargıç veya mahkeme kararı değildir. Bu nedenle, alınan bu kararlara CMK 267 gereğince itiraz edilmesi mümkün görünmemektedir.

Diğer yandan, maddenin 14'üncü fıkrasına göre alınan erişim yasağı kararlarına karşı idari yargıya gitmek de olanak dışı görünmektedir. Zira, 5602 Sayılı Kanun'un 3/ 1-ç maddesinde belirtilen yetkili kurumların idare hukuku anlamında kamu hukuku tüzel kişisi olması şart da değildir. Özel hukuk tüzel kişilerinin veya gerçek kişilerin işlemlerine karşı da idari yargıda dava açılması hukuken olanak dışıdır. Yasada, 8'inci maddenin 14'üncü fıkrasına göre alınacak olan erişim yasağı kararlarına karşı hangi mahkemeye itiraz edileceği de belirtilmemiş olduğu için, bahsi geçen düzenlemeye yeğin (maruz) kalan web sitesi sahiplerinin hak aramaları hukuken olanaksızlaşmış olmaktadır.

5651 Sayılı Kanun'un 2'inci maddesinin son cümlesindeki "*Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.*" şeklindeki düzenleme, ancak ilk fıkrada sınırlı sayı ilkesine göre sayılan sekiz ayrı suç bakımından alınacak olan erişim yasağı kararları için geçerlidir. Bu nedenle, iki numaralı fıkranın 14 numaralı fıkra için uygulanması olanaklı görünmemektedir.

Ne var ki yukarıda belirtilen sakıncaların bir nebze olsun giderilebilmesi için, 14'üncü fıkra gereğince web sitelerine erişim yasağı konan kişiler için, 2'inci fıkranın son cümlesindeki hükmü "kıyasen" uygulayarak CMK hükümlerine göre itiraz etmekten başka bir olasılık da görünmemektedir. Aksine bir kabul, hukuk devletinin temel gereklerinden olan yargıya etkili başvuru hakkının da ihlali anlamına geleceğinden, olası bir başvuru durumunda Türkiye'yi AİHS'in 13'üncü maddesi kapsamında, etkili başvuru yolunun bulunmaması gerekçesi ile mahkum ettirebilir.

Şu halde, özetle 8'inci maddenin 14'üncü fıkrasına dayanılarak alınan erişim yasağı kararlarının AİHS 6'ıncı maddesi anlamında içerik kazanan adil yargılanma hakkı ile hak arama hürriyetinin ihlali ile başvuru yolu öngörmediği için AİHS'in 13'üncü maddesine aykırılık oluşturduğu söylenebilecektir. Yapılması gereken, 8'inci maddenin 14'üncü fıkrasının ya tamamen kaldırılması ya da madde mevcut hali ile korunacaksa (ki kanaatimizce tamamen kaldırılmalıdır) alınacak olan kararlara karşı etkili bir başvuru olanağının açıkça tanınmasıdır. Yapılması gereken, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 26/2/2014 tarih ve 6527 Sayılı Kanun'un 17'inci maddesi ile eklenen 15'inci fıkrasındaki gibi bir özel uzmanlık mahkemesine bu görevin verilmesi olmalıdır.

5.) 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine 10.09.2014 tarih ve 6552 Sayılı Kanun ile 16 numaralı fıkra eklenmiştir. Eklenen fıkrada TİB Başkanı'na mahkeme kararı almadan, belli koşulların oluşması durumunda doğrudan doğruya İnternet sitelerine erişim yasağı koyma yetkisi verilmiştir.

TİB Başkanı'na verilen yetki uyarınca, Başkan, TİB'e milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya birkaçına dayanarak, gecikmede sakınca bulunan hallerde belli bir veya birkaç İnternet sitesi için erişim yasağı tedbiri uygulanmasını talep edebilecektir. TİB, Başkan'dan gelen bu istemle bağlı olup, erişim yasağı kararını uygulamakla yükümlüdür. TİB'den gelen talebi de erişim sağlayıcıları en geç dört saat içinde yerine getirilmek durumundadır.

TİB Başkanı tarafından verilen erişim engelleme kararı TİB tarafından yirmi dört saat içinde sulh ceza yargıcının onayına sunulur, yargıç kırk sekiz saat içinde karar verir.

Ne var ki TİB Başkanı'na verilen bu yetki, kapsam itibarıyla çok geniş olup suistimallere yol açabilecektir. Zira, neyin milli güvenliği, kamu düzenini engellediğine TİB Başkanı tek başına karar verecektir. Oysa milli güvenlik ve kamu düzeni kavramları yeterince belirlilik taşıyan kavramlar değildir. Ayrıca suç işlenmesinin önlenmesi ne TİB'in ne de TİB Başkanı'nın görevidir. Bu nedenlerin belirginlikten uzak oluşu, TİB Başkanı'nın tamamen kendi dünya görüşü ile herhangi bir İnternet sitesine yargı kararı olmaksızın erişim yasağı

koyabilmesinin önünü açacaktır. Ayrıca, gecikmede sakınca bulunan durumun da TİB Başkanı tarafından takdir edilecek olması da önemli bir sakınca olup, ciddi ihlallere yol açabilecektir. Gecikme sakıncasını TİB Başkanı hangi ölçüte göre ve nasıl takdir edecektir? TİB Başkanı'nın böyle bir yetkisinin olmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Diğer yandan, TİB Başkanı'nın kararının TİB tarafından yirmi dört saat içerisinde sulh ceza yargıcının onayına sunulacak olması sonradan denetim yolunu açmış gibi görünmekte ise de bu yolun da yeterince etkili ve kişi haklarını koruyucu bir yöntem olduğunu söylemek güçtür. Zira denetim sonradan yapılmaktadır ve TİB tarafından, Başkan'ın kararı yirmi dördüncü saatte de yargıcın önüne onay için konabilir. Yargıç, kırk sekizinci saatin sonunda da kararını açıklayabilir. Öyle ki böyle bir durumda kapatılan İnternet sitesi, her koşulda en az üç gün süre ile kapalı kalma tehlikesi altında olacaktır. Kaldı ki kırk sekiz saatin sonunda yargıcın kararını olumlu veya olumsuz olarak açıklamaması durumunda ne olacağı da fıkrada düzenlenmiş değildir. Yargıcın, kırk sekiz saatlik süreyi aşmasına rağmen bir karar vermemiş olması durumunda tedbirin kendiliğinden kalkacağının ifade edilmemiş oluşunu, yasa koyucunun bilinçli tercihi olarak yorumluyoruz. Zira, aksi durumda yasa koyucu fıkra metnine yargıcın kırk sekiz saat içinde kararını açıklamaması durumunda (yani onaylamama durumu) kararın kendiliğinden kalkacağına ilişkin bir düzenleme koyması gerekirdi. Şu halde, böyle bir düzenleme olmadığına göre, yargıcın kırk sekiz saati aştıktan sonra kararını vermesi mümkündür. Bunun bir yaptırımı da yoktur. Bu da yargıcın sözgelimi "iş yükünü" gerekçe göstererek kararı ötelemesi yönünde yargıca bir gerekçe verebilecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 6552 SK'un 127'nci maddesi ile 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine eklenen 16 numaralı fıkrayı 02.10.2014 günü iptal etmiştir.

Her koşulda TİB'in kararına karşı idari yargı yoluna gitmek mümkünse de bu yolun uzun ve masraflı bir yol oluşu, yürütmenin durdurulması kararlarının alınmasındaki gecikme ile güçlükler, İnternet sitesi kapatılan bireylerin mağduriyetlerinin artması anlamına gelebilecektir. Tüm bu yönler

gözetildiğinde, TİB Başkanı'na verilen bu yetkinin hukuk devleti kuralları ile bağdaşmaz nitelikte olduğu söylenebilecektir. Nitekim AYM'nin adı geçen iptal kararının gerekçelerinden biri de budur.

Konunun diğer bir boyutu ise TİB gibi siyasi bir oluşumun özellikle de müstehcenlik gibi kapsamı ve sınırları çok tartışmalı olan bir kavramı nasıl yorumlayacağıdır. Mahkemelerin dahi müstehcenlik kavramını yorumlamada zaman zaman çelişkiye düştüğü, konuyu aydınlatmak için bilirkişiden yararlandığı düşünüldüğünde, hukuk eğitimi alma şartı olmayan (ve çoğu kez de bu yönde bir eğitimi bulunmayan) bir idari kurumun böylesine tartışmalı bir konuda nasıl bir yoruma başvurabileceğini düşünmek gerekir. Bu durumda, müstehcenlik kavramının, ülkeye egemen olan siyasi görüş ışığında yorumlanarak İnternet sitelerine TİB aracılığı ile erişim yasağı koydurtmak da mümkün görünmektedir.

TİB'in verdiği kararın ne kadar süreyle uygulanacağı, kararın ne zaman kaldırılacağı, karara karşı nereye itiraz edileceği 5651 Sayılı Kanun'da veya yönetmelikte düzenlenmiş değildir. Şu halde, kuramsal olarak TİB, bir İnternet sitesine erişim yasağı koyacak ve bu karar süresiz olarak uygulanabilecektir.

Aynı sakıncanın mahkeme veya yargıç tarafından verilen erişim yasağı kararı açısından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü, mahkeme veya yargıç tarafından verilen erişim yasağı kararının da ne kadar süre için geçerli olacağı yasada belirtilmiş değildir. Ancak yasada, kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verildiğinde tedbirin kendiliğinden kalkacağı açıkça ifade edilmiştir. Unutulmamalıdır ki ceza muhakemesinde hak ve özgürlükleri genişletici mahiyette kıyasa başvurmak mümkündür. Bu nedenle, CMK 135'te düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin 3 ay süre ile uygulanacağı ve ancak 1 kereye özgü olarak yargıç kararı ile 3 ay daha uzatılabileceği yönündeki kuralın kıyasen erişim yasağı süreleri bakımından da uygulanabilmesinin mümkün olduğu düşüncesindeyiz.

6.) 5651 Sayılı Kanun'un 8/16 maddesinin iptaline rağmen, bu maddeye çok benzeyen 8/A maddesi ihdas edilmiştir. Düzenleme pek çok açıdan eleştiriye açıktır. Yukarıdaki bentteki eleştiriler yinelenebilir. Buna ek olarak aşağıdaki eleştiriler dile getirilebilir:

Öncelikle, maddenin hukuk tekniği anlamında çok iyi yazılmadığı ifade edilmelidir. Anlatım bozuktur. Okuyan kişi, maddeyle neyin anlatılmak istendiğini tam olarak anlayamamaktadır. Ayrıca madde AİHM tarafından yasallık ilkesi için öngörülen ölçütlere de uymamaktadır. Pek çok belirsiz ifade taşımaktadır.

Düzenleme, Başbakanlık'a da TİB gibi erişim yasağı koyma yetkisi vermektedir. Bu nedenle idarenin İnternet üzerindeki etkisinin arttığı söylenebilir.

"Yaşam hakkı" ve "can ve mal güvenliği" gerekçesiyle de İnternet sitelerine erişim yasağı/içerik engeli konabilecektir. Her iki kavram farklı yorumlanmalıdır.

Tüm canlıların yaşam hakkının, maddenin kapsamında ele alınabilmesi mümkündür. Bu bağlamda, örneğin bir kediye nasıl işkence yapıldığını gösteren İnternet içeriği de 8/A maddesi kapsamında değerlendirilerek çıkartılabilir veya o siteye erişim yasağı konabilir. Keza bir ağacın kesildiğini gösteren videoya dahi ağacın da yaşam hakkı olduğu gerekçesi ile içerik engeli veya erişim yasağı konabilmesi 8/A maddesi gereğince mümkündür.

Düzenleme, evrendeki tüm canlıların yaşam hakkının korunması bakımından, "hayvan ve bitkilerin yaşama haklarını da tanıdığı için" olumlu, karşılaştırmalı hukuktaki emsallerine uygun ve oldukça yetkin bir düzenleme olarak yorumlanabilirse de hakkın kapsamını çok genişlettiği için eleştirilebilir.

8/A maddesi kapsamında, İnternet üzerinden bir kişinin ölümle tehdit edilmesi veya mallarına zarar verileceği (örneğin evlerinin/işyerlerinin yağmalanacağı) yönünde yayın yapılması yahut buna ilişkin ifadelerin sosyal paylaşım sitelerinden ilgili kişiye (kişilere) yöneltilmesi durumunda, mağdur durumda olan kişinin elinde, "kişinin can veya mal güvenliğinin korunması" talebiyle ilgili içeriğin çıkarılmasını isteme gibi bir olanak olduğu söylenebilir.

Halihazırdaki uygulamada iletişim araçları ile tehdit edilen kişiler, savcılıklara suç duyurusunda bulunmaktadır. Savcılıklar suç duyurusu üzerine soruşturma açsalar da ilgili e-postanın, Facebook, Twitter veya Instagram gibi sosyal paylaşım ağlarının içeriklerine erişim yasağı koyamamaktadır. 9 ve 9/A maddeleri, kişiliğin ve özel hayatın gizliliğinin ihlali hallerini koruduğundan,

tehdit içerikli paylaşımlar hakkında, tehdit eden şahsa kamu davası açmak dışında bir yol da bulunmamaktadır. Dava açılması durumunda dahi sanık hakkındaki ceza çoğu kez CMK 231 gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) kararı ile sonuçlandığı için, yeterli caydırıcılık gücü taşımamaktadır. İçerikler kaldırılamadığı için de mağdur olan kişiler, o içerikler İnternet'te bulunmaya devam ettiği sürece, adı geçen içeriklerden ötürü daha çok mağdur olmakta ve içerikleri her gördüklerinde psikolojik olarak daha fazla etkilenmektedirler. Düzenlemenin bir yönüyle bu yasal boşluğu giderdiğini söylemek mümkündür.

6284 Sayılı Kanun'un 5/1-f maddesi kapsamında aile hakimi tarafından önleyici tedbir olarak verilen herhangi bir iletişim vasıtasıyla rahatsız etmeme tedbirine İnternet yayını, e-posta veya sosyal paylaşım ağı kanalı da dahildir. Ne var ki adı geçen kanun ile yalnızca başvuran (şiddet gören) aile bireyinin "rahatsız edilmemesi" yönünde karar alınabilmesi mümkündür. Bu durumda olan kişilerin, 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca (eğer tehdit bir İnternet içeriğinden kaynaklanmaktaysa) ayrıca sulh ceza hakiminden ilgili içeriğe/İnternet sitesine erişim engeli koymasını istemesi mümkündür. Bu iki talep, birbirini tamamlar şekile kullanılabilir. Artık 8/A'ya göre verilen kararlar bakımından URL bazlı erişim engeli konmasının önü açılmıştır. Düzenleme, bu yönüyle olumlu olmuştur. Böylece 8'inci maddede olduğu gibi, bir hukuka aykırı içerik nedeniyle tüm İnternet sitesinin erişime engellenmesi tehlikesi de 8/A maddesi bakımından kural olarak ortadan kalkmıştır.

Buna rağmen düzenleme, yalnızca ihlalin bulunduğu içeriğe erişim engeli konması bakımından olumlu olmakla birlikte, 8'inci maddenin 3'üncü fıkrası URL gibi yöntemlerle içeriğe erişim konmasının ihlali engellemeyeceği yönünde yargıçta bir kanaat uyanırsa, İnternet sitesinin tümüne erişim yasağı konması yönünde yargıca geniş takdir hakkı sağladığı için eleştirilebilir.

Bu nedenle 6284 Sayılı Kanun'un sınırlı da olsa getirdiği bu olanağın bir benzerinin tehdit edilen herkese getirilmiş olması doğru olmuştur.

Buna karşın yasadaki milli güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi nedenleriyle içeriğie veya alan adına erişim yasağı konabileceğine ilişkin düzenleme eleştirilmelidir.

Yasadaki milli güvenlik, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve kamu düzeninin korunması nedenleri açısından eleştirilecek pek çok husus bulunmaktadır. İlkin bu kavramlar belirlilikten uzak olup, her şekilde yorumlanabilir ki şimdiye kadarki uygulama, bu gerekçelerle pek çok İnternet sitesine url/alan adı bazlı erişim yasağı konduğunu göstermektedir. Bu iki kavram idareye, İnternet üzerinde tahakküm kurmak için büyük bir güç vermektedir.

Yasada, suç işlenmesinin önlenmesi gerekçesiyle de içeriğin çıkarılabileceği veya erişim engeli konabileceği ifade edilmiştir. Oysa 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile bu çalışmada irdelediğimiz diğr yasalarda, belli suçlar için erişim yasağı konabileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle, 8/A maddesinin suç işlenmesinin önlenmesi gerekçesi ile idareye çok geniş bir takdir hakkı tanıdığı ve bu gerekçe ile de pek çok İnternet sitesine erişim yasağı konmasının önünü açacağını (ve açtığını) söylemek mümkündür.

Biraz yukarıda bahsedilen ve AYM tarafından iptal edilen düzenlemede TİB Başkanı "emir" vermekte ve TİB bu emri uygulamaktadır. Nitekim yasa maddesinde "*Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır."* şeklindeki ifadeden böyle bir sonuca ulaşılmaktadır. O halde, iptal edilen düzenleme bakımından TİB'in herhangi bir takdir hakkının bulunmadığını ifade etmek mümkündür.

AYM'nin iptal kararından İdari mercilerin İnternet'e müdahalesinin yargı denetimine açık, somut ve belirli olması ve İnternet erişiminin sınırlandırılması konusundaki yetkinin gecikmede sakınca olsa dahi idareye bırakılmaması gerektiği sonuçlarına ulaşılabilir. İptal kararı bu yönüyle de isabetlidir ve yapılan 8/A düzenlemesi ile yalnızca "şeklen" AYM kararının gereği yerine getirilmiştir. Oysa, düzenleme halen sorunludur.

8/A maddesi ile getirilen kural ise, bazı yönleriyle iptal edilen 16'ncı fıkradan farklıdır. Öncelikle, iptal edilen düzenlemede bulunmayan TİB'in takdir hakkı 8/A ile "verilebilir" denerek konmuştur. Bundan çıkan anlama göre, TİB, kendisine Başbakanlık veya ilgili bakanlıklar tarafından gelecek talebe rağmen ilgili çıkartmayabilir veya erişim engelleme kararı vermeyebilir.

Şeklen durum böyle ise de TİB yapısı itibarıyla siyasi bir organ olup, bağımsız idari otoritelerde olan "bağımsızlık" niteliğine yeterince sahip değildir. Oluşumundaki Bakanlar Kurulu etkisi düşünüldüğünde, TİB'in Başbakanlık'tan veya ilgili bakanlıklardan gelen talebin aksine bir yorumla ortada gecikmede sakınca olan bir durum bulunmadığı, bu nedenle de yargıç kararı alınması gerektiğini söyleyebilmesi mümkün görünmemektedir. Bundan ötürü, TİB'in yapılanması değiştirilmeden TİB'e bu şekilde bir takdir hakkı tanınmasının yalnızca yasa ile konmuş olan "şekli" bir teminattan öteye gitmeyeceği söylenebilir. Başka bir deyişle, yasama organı TİB'e "görünüşte bir takdir hakkı" tanıyarak AYM'nin iptal kararının "gereğini" yaptığına ilişkin bir izlenim uyandırmıştır. Düzenlemenin bu yönüyle yargı bağımsızlığı ve belirlilik ilkeleriyle örtüşmediğini ifade etmek mümkündür.

Öte yandan, AYM'nin iptal kararının gerekçesinde TİB'e (TİB Başkanı'na) gecikmede sakınca bulunan durumu takdir etme yetkisinin verilmesinin hukuka aykırı olduğu ifade edilirken, herhalde AYM tarafından bu konudaki takdir hakkının TİB Başkanı yerine Başbakanlık'a veya ilgili bakanlıklara bırakılması amaçlanmış değildi. Karardan anladığımız kadarıyla AYM, gecikmede sakınca bulunan durumun takdirinin idari merciye veya mercilere bırakılmaması gerektiği görüşündedir.

AYM'nin iptal kararının tam anlamıyla yerine getirilmesi adına yapılması gereken, çalışmamızın II'nci Bölümü'nün B-1-a başlığında da (TİB'in yapılanması) incelendiği üzere, öncelikle TİB'in yapılanmasının Avusturalya'daki ACMA veya İtalya'daki AGCOM gibi tamamen özerk hale getirilerek, gecikme sakıncası olup olmadığını da bu özerk kurulun geniş katılımla oluşturulan bir çalışma komisyonuna verilmesidir. Komisyonun da Avustralya örneğinde olduğu gibi çalışmasının ülkemiz için de yararlı olacağını düşünüyoruz.

Özetle, 8/A maddesi ciddi sorunlar taşıyan bir maddedir ve Türkiye bu madde nedeniyle AİHM nezdinde mahkum olabilir. Maddenin eleştiriler doğrultusunda düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

7.) 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasına 6518 Sayılı Kanun'la eklenen son cümle gereğince, mahkeme tarafından gerekli görürse erişim yasağı, belli süre ile sınırlı olarak da verilebilecektir. Oysa TİB'in kararı, İnternet sitesinin sahibi hakkında beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde de geçerli olabilecektir. Konuya bu açıdan bakıldığında, TİB'in idari tedbir mahiyetindeki kararının süreklilik kazanma tehlikesi içerdiğini belirtmek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır. Ayrıca TİB'in koyduğu erişim yasağının mahkemeden verilen beraat veya savcılıktan verilen kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki karara rağmen devam etmesi Anayasa'nın 138/son maddesine de aykırılık oluşturabilecektir. Zira Anayasa'nın 138/son hükmü idarelere, yasama organları ve yürütme organlarına mahkeme kararlarına uyma yükümlülüğü yüklemektedir. TİB de bir idari organ olduğuna göre mahkemenin bu yöndeki kararına uymakla yükümlüdür. Uymazsa TCK'nın 257'nci maddesi gereğince kararı uygulamayan sorumlulular hakkında yasa yolları açık olduğu gibi, TİB'in bu hareketinden ötürü bireyler adli yargıda tazminat davası açarak Anayasa'nın 40/son hükmüne göre haklarını arayabilirler.

TİB'in idari tedbir mahiyetindeki bu kararına karşı ancak idari yargıda iptal davası açmak mümkündür. Bu da idari yargının yavaş işlemesinden ötürü uzun sürecek bir yöntemdir. İdari yargının etkin bir hukuki koruma sağlamadığı AYM kararları ile de tespit edilmiştir.

8.) 5651 Sayılı Kanun'un 10/b ve c maddelerine de değinmek gerekmektedir. Adı geçen maddenin b bendine göre TİB *"İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, bu Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik ola rak bu Kanunda öngörülen gerekli tedbirleri almak"*la da görevlendirilmiştir. Keza c bendine göre TİB'in *"İnternet ortamında yapılan yayınların içerikleri nin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlemek."*gibi bir görevi de vardır.

Bundan çıkan anlam, TİB'in 5651 Sayılı Kanun'da belirtilen nedenlerin dışındaki herhangi bir nedene dayanarak, bir İnternet sitesindeki içeriğin suç oluşturduğunu takdir etmesi durumunda 5651 Sayılı Kanun kapsamında erişim

yasağı koyabileceğidir. Üstelik, TİB bunu yaparken herhangi bir yargıç kararına gereksinim de duymayacaktır.

Neyin suç olduğunun tespit ve takdiri ancak ve ancak yargıçlara ait olup TİB'e suçun tespiti yetkisinin tanınması TİB'in yargısal yetkileri kullanması anlamına gelmektedir. Bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu düşünülebilir. Ayrıca, içeriklerin izlenmesinin bireylerin İnternet özgürlüğüne müdahale anlamına geldiği de ifade edilebilir.

9.) Erişim engelleme kararı için yeterli şüphe nedeni aranmaktadır. Yeterli şüphe, CMK 170/2 gereğince, savcıya iddianame hazırlaması için yetki veren şüphedir ve tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, şüphelinin mahkum olma olasılığının beraat etme olasılığına nazaran daha güçlü olduğu şüphe derecesini ifade etmektedir. Bu durumda, yasada sınırlı sayıda belirtilmiş olan suçların işlendiği yönünde savcıda, delillerin de toplanmış olması durumunda, yeterli kanaat oluşmuş ise erişim yasağı talep hakkı doğacak veya gecikmede sakınca varsa ilgili web sitesine savcı tarafından erişim yasağı konacaktır. Kanaatimizce, ciddi bir koruma tedbiri olan erişimin engellenmesi tedbiri için, yasa koyucu tarafından, yeterli şüphe derecesinde şüphe aranması yerinde olmuştur.

10.) Gerek TİB tarafından verilen idari tedbir kararında, gerekse mahkeme tarafından verilen kararda, web sitesinin sahibine savunma hakkı verilmeksizin kapatma gibi ağır bir yaptırım uygulanmaktadır. Bunun, hukukumuzdaki tek ayrıksısı TTK 58/4'teki haksız rekabetin söz konusu olduğu durumlarda yargıcın gerektiğinde ilgilisinin savunmasını da alacağına ilişkin düzenlemedir. Oysa 5651 Sayılı Kanun'un 8, 8/A, 9 ve 9/A maddelerine göre verilen erişim yasağı kararlarında İnternet sitesi sahibine savunma hakkı tanınmamakta, karar da tebliğ edilmemektedir. Uygulama ve yasal düzenleme bu nedenle Anayasa'nın 36'ncı AİHS'in 6'ncı maddelerine (silahların eşitliği ve hak arama özgürlüğüne aykırılık) aykırıdır.

Oysa ifade edilmelidir ki özellikle yönetsel yetke olan TİB tarafından uygulanan kapatma yaptırımın savunma hakkını dışlamaması gerekir. İlgiliye, her durum ve koşul altında yönetsel işleme karşı savunma hakkı tanınması ve kanıt gösterme olanağının sunulması gerekir. Bazen kamu düzeninin zorunlu

kıldığı durumlarda ilgiliyi dinlemeden karar vermek gerekli olabilmekteyse de özellikle iletişim alanında doğan ihlallerden ötürü uygulanan yaptırımların soyut ve öznel nedenlere dayandırılması savunma hakkı tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Yasada, ilgilisine savunma hakkının tanınmamış oluşu, bu hakkın işin doğası gereği var olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

11.) Maddede sayılan bazı suçlara TİB tarafından kendiliğinden idari tedbir mahiyetinde erişim yasağı konabilmektedir. Bu suçlar, ilk fıkranın a bendinde sınırlı sayıda belirtilen suçlardan çocukların cinsel istismarı (TCK 103/1), müstehcenlik (TCK 226) ve fuhuş (TCK 227) suçlarıdır. Belirtilmelidir ki tedbir kararı ile erişim yasağı konabilecek suç sayısı 6518 Sayılı Kanun'un 92'nci maddesiyle eklenen fıkra ile genişletilmiş ve bu suçlara fuhuş suçu da eklenmiştir.

İdari tedbir yoluyla İnternet sitelerine erişim yasağı konmasının hukuk devletindeki güçler ayrılığı ilkesiyle bağdaşık olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Bu nedenle, yapılan değişiklikle çocukların cinsel istismarı ve müstehcenlik suçunun yanı sıra fuhuş suçunun da idari tedbir yoluyla erişim yasağına konu edilebilmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı söylenebilir.

Konunun diğer olası bir sakıncası da aynı İnternet sitesi için hem mahkeme hem de TİB tarafından konan bir erişim yasağına (ki bu kuramsal olarak mümkündür) yapılan itiraz üzerine, mahkemenin erişim yasağı kaldırması; TİB'in kaldırmaması durumunda sorunun nasıl çözüleceğidir. TİB'in kararına karşı yürütmenin durdurulması istemiyle idari yargıya gidildiğini, idari yargının bu talebi de reddettiğini ve sonra davayı esastan reddettiğini düşünecek olursak ortada birbiriyle çelişen iki ayrı mahkeme kararı olduğundan bahsedilebilecektir.

Tartışmanın başka bir boyuttan ele alınması durumunda, düzenlemenin ortaya çıkabilecek bir diğer sakıncası ise, içerik sağlayıcısı yurt içinde olan sözgelimi cinsel sağlık ürünleri satan bir İnternet sitesine müstehcenlik gerekçesiyle TİB tarafından erişim yasağı konması fakat aynı İnternet sitesinin kapatılması için Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılan başvurunun mahkeme

tarafından reddolunması durumunda ortaya çıkacak olan çelişkinin nasıl giderileceğidir. Bu iki durumda ne yapılacaktır?

Böyle bir durumda çözümün hak ve özgürlükler lehine yorum yapılarak ceza mahkemesinin kararına üstünlük tanımaktan geçtiğini düşünmekteyiz. Aksi halde, ceza mahkemesi tarafından kaldırılan veya gereksiz görülen bir koruma tedbiri idare mahkemesi tarafından devam ettirilmiş olacaktır. Oysa koruma tedbiri, kurum olarak ceza muhakemesine yakındır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmaması adına ceza mahkemesinin kararına üstünlük tanımak daha doğru olacaktır. (Aynı yöndeki çözümü 8/A ve 9'uncu maddenin 9'uncu fıkrası için de öneriyoruz)

Şu halde, tüm bu sakıncaların önüne geçilmesi adına, yapılması gereken 5651 Sayılı Kanun'un tekrar düzenlenmesi ve TİB'den bu yetkinin alınmasıdır.

Zira TİB zaten mahkemeye ve yargıca verilmiş olan bir yetkiyi kullanmaktadır. Gecikmede sakınca olması durumunda bu yetkiyi kullanma hakkı savcıya verilmiş ve hakim onayı şartına bağlanmıştır. Bu nedenle TİB'e böylesine geniş, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini bu derece etkileyen bir konuda hakim onayı şartı aranmadan, üstelik de mahkemeler tarafından kullanılan bir yetkinin tanınması AİHS'in 10'uncu maddesi ile güvencelenen ölçütlere aykırılık taşıdığı gibi, hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin Anayasa'nın 2'inci maddesindeki hukuk devleti ile 14'üncü maddesindeki "insan haklarına dayalı" devlet anlayışı ile de bağdaştığını söylemek pek mümkün görünmemektedir. Olası hak mağduriyetlerinin ve ihlallerin önlenmesi için 5651 Sayılı Kanun'un ve TİB'in yapılanmasının buna göre yeniden düzenlenmesi gerçek anlamda bir hukuk devleti olmak için gereklidir.

12.) Kanaatimizce, daha önce ayrıntılı olarak değerlendirdiğimiz 5651 Sayılı Kanun'un 10/4'üncü maddesi ile TİB'e İnternet sitelerine erişim yasağı koyma yetkisinin tanınmış olması, idarenin "yasallık" ilkesine uyarak işlem yaptığını ortaya koymamaktadır. Ortada bir yasa olduğu doğrudur. TİB'in bu yasaya dayanarak yetkilerini kullandığı da doğrudur. Ne var ki bu yasa başta Anayasa olmak üzere, Türkiye'nin tarafı olduğu diğer bazı uluslararası sözleşme hükümlerine değişik yönleri ile aykırılıklar taşımaktadır. "Şeklen"

yasal idare ilkesine uyulmuş olması, TİB'in yetkilerinin meşruiyetini ortaya koymamaktadır.

Öte yandan, özellikle içeriği ve kapsamı belirsiz olan "müstehcenlik" suçu gerekçesiyle bir İnternet sitesine idari tedbir kararı ile erişim yasağı konması durumunda bahsi geçen sakınca daha da belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Sözgelimi, cinsel ürünler satan bir İnternet sitesine TİB tarafından konacak bir erişim yasağı, bu İnternet sitesi üzerinden ürün satan kişiyi mağdur edebilecektir.

Şu halde, en doğru çözüm, TİB tarafından kendiliğinden verilen erişim yasağı kararlarının yasadan tamamen çıkarılması ve bu konudaki yetkinin tamamen mahkemelere verilmesidir. Eğer yetki TİB'de bırakılacaksa, TİB'in yetkisinin de 8'inci maddenin 2'nci fıkrasında Cumhuriyet savcısına verilen gecikmede sakınca bulunma hali ile sınırlandırılarak, alınan bu kararın 24 saat içinde yargıç denetimine tabi tutulması gerekir. Mevcut uygulamanın sakıncaları bu şekilde biraz olsun giderilebilir.

13.) 8'inci maddede yapılan en önemli değişikliklerden biri ise kanaatimizce maddeye 26.2.2014 tarihinde 6527 Sayılı Kanun'un 17'nci maddesi ile eklenen 15'inci fıkradır. Eklenen fıkra ile, sınırlı da olsa uzmanlık mahkemeleri kurulmuştur. Buna göre, 8'inci maddeye göre soruşturma aşamasında verilen yargıç kararı ile, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu ve 9/A maddesine göre verilen yargıç kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilecektir.

Düzenleme, sınırlı ve yetersiz de olsa uzmanlık mahkemeleri getirmesi bakımından yararlıdır. Ne var ki düzenlemenin eleştirilecek yönü, uzmanlık mahkemelerinin yalnızca 8'inci maddeye göre, soruşturma aşamasında verilen erişim yasağı kararları ile 9'uncu ve 9/A maddelerine göre verilen erişim yasakları bakımından yetkili olmasıdır. (8/A maddesi bakımından verilecek kararlarda ise bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Bu önemli bir eksikliktir.) Oysa, kovuşturma evresinde ya da 5651 Sayılı Kanun dışındaki yasalara dayanılarak da erişim yasağı verilebilmekte ve bazı yasalar, erişim

yasağı tedbiri bakımından 5651 Sayılı Kanun'a göndermede bulunmayıp, yasaklama yöntemini ayrıca belirlemektedirler.

Ayrıca, uzmanlık mahkemelerinin kararlarına karşı Bölge Adliye Mahkemesi'ne (BAM) itiraz olanağı getirilmesi yararlı olacaktır. Çünkü, BAM belirli illerde yetkili olarak çalışacağı için, erişim yasağı kararları bakımından, uzmanlık mahkemeleri arasındaki çatışmalarda ortak içtihat oluşabilir, erişim yasağı kararlarının uzun süreli olarak, cezaya dönüşecek şekilde uygulanmasının ve birbirinden farklı, çelişkili kararların bir ölçüde önüne geçilmiş olur.

5271 Sayılı CMK'da 18/6/2014 tarihinde 6545 Sayılı Kanun'un 74'üncü maddesi ile değişikliğe gidilerek, sulh ceza mahkemeleri kaldırılmış, bunların yerine sulh ceza hakimlikleri kurulmuştur. Sulh ceza hakimliklerinin kararlarına karşı itirazlar ise CMK 268/3-a bendi gereğince, müteakip sulh ceza hakimliğine yapılacaktır. 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasının son cümlesi, 13'üncü fıkrası ile 9 ve 9/A maddelerinin 6'ncı fıkraları gereğince, sulh ceza mahkemesi (9/A-6 gereğince sulh hakimi) tarafından verilen kararlara karşı da 5271 Sayılı CMK hükümlerine göre itiraz edileceği ifade edilmiştir.

6545 Sayılı Kanun değişikliği ile, CMK'nın 268'inci maddesinde değişikliğe gidilerek, sulh ceza hakimliklerinin kararlarına yapılan itirazların numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hakimliği tarafından karara bağlanacağı ifade edilmiştir. Şu halde, HSYK tarafından uzmanlık hakimliği olarak atanmış dahi olsa, itirazı müteakip hakimlik değerlendireceği için, itirazın "konunun uzmanı olmayan" hakim tarafından değerlendirilmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu durum, ciddi hak yitimlerine yol açabilir. Bu nedenle de erişim yasağı kararına itirazın BAM tarafından görüleceğine ilişkin yasal düzenlemeye gidilmesi durumunda, hak yitimlerinin de önüne geçilebilecektir.

Aynı şekilde, hangi yasaya dayanırsa dayansın, verilecek tüm erişim yasağı kararlarına karşı da etkin hukuki korunma sağlanması adına BAM'a itiraz olanağının tanınması uygun bir çözüm olarak düşünülebilir.

14.) 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde de önemli değişikliğe gidilmiştir. Maddenin ilk şeklinde, "içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" başlığıyla, İnternet üzerinden kişilik hakları ihlal edilen kişilerin nasıl bir yöntem izleyeceği düzenlenmişti. Maddenin eski şeklinde "uyar-kaldır" olarak da nitelendirilebilecek, genel anlamda olumlu bir uygulama vardı. Uygulama, İnternet sitesindeki hukuka aykırı içeriğin yayından çıkarılması ile, talep eden tarafından belirtilen düzeltme metninin yayınlanması esasına dayanmakta ve İnternet sitelerine erişim yasağı koyma talebinde bulunma hakkı vermemekteydi.

Düzenlemenin, eski metinden iki temel farkı olduğu görülmektedir. Yeni metne göre, İnternet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünen gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra, kurum ve kuruluşlar da ilgili içeriğin kaldırılmasını isteyebilecekleri gibi, sulh ceza yargıcına başvurarak erişimin engellenmesini de isteyebileceklerdir.

Gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra kurum ve kuruluşların da başvurucular arasına katılmasının doğru olup olmadığı tartışılmalıdır. Zira, kişilik MK hükümlerine göre yalnızca gerçek kişilere veya özel hukuk tüzel kişilerine özgü bir kavramdır. Kurum ve kuruluşların (örneğin valiliklerin, baroların, bakanlıkların, bankaların, ticari işletmelerin vb) bu kapsama alınmasının maddenin uygulama alanını oldukça genişleteceği düşünülebilir. Diğer yandan, eski düzenlemeye göre yalnızca gerçek ve tüzel kişilerin cevap ve düzeltme hakkını isteyebilmesi mümkünken, değişiklik yapılan metinle kurum ve kuruluşlara da bu hakkın tanınmış olmasının, eski düzenlemedeki önemli bir eksikliği giderdiğini söyleyebiliriz.

5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesindeki düzenlemeye göre, kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünenlerin elinde iki olanak bulunmaktadır. Bunlardan ilki, değişiklikten önceki düzenlemede olduğu gibi, ihlale yol açan İnternet sitesinin içerik sağlayıcısına, buna ulaşamazsa yer sağlayıcısına başvurarak hukuka aykırı olan içeriğin uyar-kaldır yöntemiyle yayından çıkarılmasını istemektir. Ancak, bu olanağa tercihli olarak hakkının ihlal edildiğini düşünen kişilerin doğrudan doğruya sulh ceza yargıcına başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini istemesi de mümkündür.

6518 Sayılı Kanun'un 85'inci maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 2'inci maddesi değiştirilmiş, maddeye eklenen "r" bendi ile "uyarı yöntemi" belirlenmiştir.

5651 Sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası gereğince, BTK veya TİB tarafından içerik, yer veya erişim sağlayıcıların, kendi İnternet sitelerinden, IP adreslerinden ve diğer yollardan elde edilen bilgilere herhangi bir yöntemle bildirimde bulunulabilecektir.

Şu halde, bildirimin mutlaka yazılı/elektronik tebligat yoluyla olması şartı yoktur. BTK/TİB, bildirimi, erişim, içerik veya yer sağlayıcıya telefon veya faks ile de yapabilir. Bu durumda, bildirimin yapıldığının kanıtlanması ise güçleşecek ve içerik, yer ya da erişim sağlayıcılar yasallığı kanıtlanamayacak olan bildirimlerden ötürü ciddi yaptırımlarla karşılaşabileceklerdir. Zira, telefonla yapılacak bir bildirime dayanılarak yer sağlayıcının hukuka aykırı içerik taşıyan bir İnternet sitesini yayından kaldırması gerekebilecektir.

Her ne kadar yer sağlayıcının sorumluluğunu düzenleyen 5651 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer sağlayıcının yasanın 8'inci ve 9'uncu maddelerine göre haberdar edilmesi durumunda hukuka aykırı içeriği yayından çıkarmakla yükümlü olduğu ifade edilmişse de 5651 Sayılı Kanun'un ne 8'inci ne de 9'uncu maddesinde bildirimin şekline ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu durumda, erişim veya yer sağlayıcısının, BTK/TİB tarafından kendisine herhangi bir yolla yapılan bildirime uymaması durumunda 5651 Sayılı Kanun'un 8/10-11 ve 9/10'uncu maddelerindeki para cezası veya yetkilendirmenin iptali yaptırımı ile karşılaşması olanak dahilindedir.

Her ne kadar 5'inci maddenin 2'nci fıkrası gereğince **y**er sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlü ise de bu düzenlemenin 9 ve 9/A maddelerindeki gibi "uyar-kaldır" yöntemi getirdiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Kaldı ki 8'inci maddede, 9 ve 9/A maddelerinde olduğu gibi hukuka aykırı içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine, 9 ve 9/A maddelerinde olduğu gibi içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin düzenlemenin eklenmesinde yarar olduğunu ifade etmek isteriz.

Böylece, web sitesi içerik sağlayıcıları da çoğu kez gerekçesini dahi öğrenemeden TİB/ hakimlik kararıyla içerikleri çıkarılan ya da erişim engeli konan web sitelerinin kapatılmasını da engelleyebilecektir. Uyarıya, içerik sağlayıcının gerektiğinde yanıt vermesini sağlayacağı için, uygulamanın savunma hakkını ihlal etmesi de mümkün olmayacaktır. Bu da AİHS'nin 6'ncı maddesinin ihlal edilmemesi anlamına gelir. Ayrıca yargının iş yükü de bu yöntemle azalabilir. Uyarıya rağmen kaldırılmayan içerik hakkında ise yasaki mevcut yollar işletilebilir.

Öte yandan, olası yasal sorunların ve mağduriyetlerin engellenmesi adına, yasal bildirimin 7201 Sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılmasında yarar olduğunu düşünüyoruz. Zira 7201 Sayılı Kanun'un 7/a maddesi, 11/1/2011 tarihinde değiştirilerek şahıslara veya şirketlere kendileri tarafından bildirilen e-posta adreslerine elektronik tebligat yapılması da olanaklı hale getirilmiştir. Tartışmaların ve uygulamadaki sorunların önlenmesi için tüm bildirimlerin 3'üncü maddedeki yönteme göre yapılacağına ilişkin olarak da yasaya açık bir hüküm eklenmelidir. Aynı şekilde, 5651 Sayılı Kanun'a 6518 Sayılı Kanun'un 90'ıncı maddesi ile eklene 6/A maddesi ile kurulan ESB de bu yöntemle erişim sağlayıcıları bilgilendirmesi de sağlanmalıdır.

Öte yandan yasada, başvuruculaların uyarı yöntemini tercih etmesi durumunda öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınaması durumunda ise yer sağlayıcısına yapacağı başvurudaki makul sürenin ne kadar olduğu madde metninde belirtilmiş değildir. Başvurucu, talebini içerik sağlayıcıya yönlendirdiğinde ne kadar süre bekleyecek ve ardından sulh ceza mahkemesine başvuracaktır? Başvurucunun bu seçeneği tercih etmesi durumunda ne kadar süre bekleyeceğinin yasada belirtilmemiş olması eksiklik olarak düşünülebilir. Sorunun, değişiklikten önce 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde belirtilen iki günlük sürenin benimsenmesiyle çözülebilmesi mümkündür.

Yeni metni eski metinden ayıran en önemli farklardan birisi de değişiklikten önceki düzenlemede hukuka aykırı içeriğin yayından çıkarılması söz konusuyken, yeni metinde içeriğin yayından çıkarılmasının değil, içeriğe

erişim engeli konması söz konusudur. Aradaki fark önemlidir. Zira, eski düzenlemede bir uzantıya (URL) erişim yasağı koymak söz konusu değildir. Yalnızca hukuka aykırılık taşıyan içerik İnternet sitesinden kaldırılmaktadır. Oysa değişiklikten sonraki düzenlemede, içeriğin çıkarılmasından değil, içeriğe erişim yasağı konmasından bahsedilmektedir. Bu nedenle, 9'uncu maddede yapılan değişiklik, hukukumuza yeni bir erişim yasağı gerekçesi kazandırmış ve 8'inci maddede sınırlı sayı ilkesiyle sayılan erişim yasaklarının yanına kişilik haklarının ihlali gerekçesini de eklemiştir. Böylece, yalnızca 5651 Sayılı Kanun ile dokuz (hatta 9/A maddesindeki özel hayatın gizliliğinin ihlali ve 8/A ile 8/14 maddeleri de eklenecek olursa on iki) ayrı nedene dayanarak İnternet sitelerine erişim yasağı konabilmesi mümkün hale getirilmiştir. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda yargıç bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilecektir. Bu düzenlemenin, değişiklikten önceki düzenlemeyle karşılaştırıldığında düşünce özgürlüğü anlamında "geriye gidiş" olarak yorumlanabilmesi mümkündür.

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılacaktır. Düzenleme ile, değişiklik öncesinde iki gün olarak belirtilmiş olan kural yirmi dört saate indirilmiştir. Sürenin kısaltılmış oluşu, hak ihlalinin ortadan kaldırılması için gereken sürenin kısaltılması anlamında olumlu olmuştur.

Yargıç, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça İnternet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, yargıç URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, İnternet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

Düzenleme, yalnızca ihlalin bulunduğu içeriğe erişim engeli konması bakımından olumlu olmakla birlikte, URL gibi yöntemlerle içeriğe erişim konmasının ihlali engellemeyeceği yönünde yargıçta bir kanaat uyanırsa, İnternet sitesinin tümüne erişim yasağı konması yönünde yargıca geniş takdir hakkı sağladığı için eleştirilebilir.

Yargıcın bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

Öte yandan belirtilmelidir ki maddeye dayanılarak verilen kararların ihlale konu olan İnternet sitesinin sahibi tarafından uygulanması için kesinleşmesi gerektiğine ilişkin değişiklikten önceki düzenleme yürürlükten kaldırıldığından, kararların kesinleşmesi beklenmeksizin, derhal uygulanması gerekmektedir. Bu düzenleme, hak ihlaline bir an önce son verilmesi anlamında olumlu olmuştur. İtiraz üzerine, içeriğe erişimin engellenmesine ilişkin karar kaldırılırsa, ortada hukuka aykırı bir işlem olmadığı da anlaşılacağından, daha önce kesinleşmeden kaldırılan içeriğin yeniden yayına alınmasına engel bir durum da olmayacaktır.

Bir başka yenilik ise 9'uncu madenin 9'uncu fıkrası ile getirilmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre, bir İnternet sitesindeki içerikle ilgili ihlal kararı alındığında, ihlale konu olan yayının veya aynı içerikteki yayının başka bir İnternet sitesinde de yayınlandığı anlaşılırsa, mağdur olan kişinin ESB'ye başvurması durumunda, kararın diğer İnternet siteleri hakkında da uygulanacağı ifade edilmiştir. Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla benzerliğin takdirini hakim değil, mağdur olan kişi yapacaktır.

Düzenlemeye getirilebilecek ilk eleştiri, belli bir İnternet sitesi için alınmış olan kararın, başkaca herhangi bir karar almadan diğer bir site için de kendiliğinden uygulanmasıdır ki bu durum hem mahkeme kararlarının yalnızca taraflara etkili olması ilkesi ile hem de suçta ve cezada kişisellik ilkesi ile bağdaşık görünmemektedir.

Diğer eleştiri ise, alınan bir mahkeme kararına konu içerikle aynı olmayıp da benzeri içerik taşıyan diğer İnternet siteleri için de bu kararın uygulanacak olmasıdır ki benzerliği kim, hangi ölçüte ve neye göre takdir edecektir? Benzerlik ölçütündeki belirsizlik, bir yerel mahkeme kararının

sadece CMK'daki yetki sınırları içinde uygulanmayıp tüm Türkiye'de kendiliğinden uygulanması gibi tehlikeli bir sonuç doğurabileceği gibi önemli hak yitimlerine ve haksızlıklara da yol açabilecektir. Düzenlemenin olumlu sayılabilecek bir yönü ise, hakkı ihlal edilen kişinin, her içerik için ayrı ayrı yargı yoluna başvurarak zaman kaybetmesine gerek kalmadan yapacağı başvuru ile emsal kararı diğer İnternet siteleri için de kolay ve hızlı şekilde uygulatabilecek oluşudur.

Keza yine başvurucunun benzerlik takdire göre örnek karar ESB'ye gönderilecek ve yargısal nitelik taşımayan ESB, benzerlik olduğuna karar vererek, kararın kendiliğinden başka bir içerik hakkında da uygulanmasını sağlayacaktır. Bu karara dayanılarak, içerik kaldırılan İnternet sitesi sahibi özel hukuk tüzel kişisi olan ESB'nin işlemine karşı nerede dava açacaktır? Diğer yandan, benzerlik ölçütündeki belirsizlik, bir yerel mahkeme kararının sadece CMK'daki yetki sınırları içinde uygulanmayıp tüm Türkiye'de kendiliğinden uygulanması gibi tehlikeli bir sonuç doğurabileceği gibi önemli hak yitimlerine ve haksızlıklara da yol açabilecektir.

9/A maddesinin 3'üncü fıkrasına göre TİB, bu yöndeki bir talebi ESB'ye bildirir. ESB tarafından erişim sağlayıcılara bildirimde bulunduğunda, erişim sağlayıcı 4 saat içinde kararın gereğini yerine getirir.

Bu fıkradaki düzenleme bakımından da erişim sağlayıcı açısından yargıç kararı olmadan uygulama söz konusudur. ESB, adeta mahkeme yerine geçerek yetkisini kullanmaktadır. Düzenleme "keyfiliğe" kayabilir. Hukuk devletinde ise "keyfilik" kabul edilemez. Düzenlemenin bu yönüyle Anayasa'nın 9'uncu maddesine de aykırılık taşıdığı ifade edilebilir. Ayrıca, özel hukuk tüzel kişiliği olarak yapılan ESB'nin kararına karşı ise hangi mahkemeye dava açılacağı yönündeki kaygı bu durum bakımından da geçerlidir.

15.) 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesine, 6518 Sayılı Kanun'un 94'üncü maddesi ile 9/A maddesi eklenmiştir. Yasada, hukuki açıdan en çok tartışmaya yol açabilecek olan düzenlemenin 9/A maddesi olduğu söylenebilir. Tartışmalı olan "özel hayat" kavramına dayanılarak, üstelik de yargıç kararı olmadan, idari bir makamın takdiri ile bir web sitesine erişim yasağı konması

hem yargı yetkisinin gaspıdır hem de kişilerin haber alma/verme hakkını da engelleyebilecek bir düzenleme oluşu yönüyle sakıncalıdır.

Maddenin 3'üncü fıkrasına göre TİB, bu yöndeki bir talebi ESB'ye bildirir. ESB tarafından erişim sağlayıcılara bildirimde bulunduğunda, erişim sağlayıcı 4 saat içinde kararın gereğini yerine getirir.

Bu fıkradaki düzenleme bakımından da erişim sağlayıcı açısından yargıç kararı olmadan uygulama söz konusudur. ESB, adeta mahkeme yerine geçerek yetkisini kullanmaktadır. Düzenleme "keyfiliğe" kayabilir. Hukuk devletinde ise "keyfilik" kabul edilemez.

5'inci fıkradaki düzenlemede ise, TİB'in erişim yasağı kararının sonradan yargıç onayına sunulacağı ifade edilmekte ise de, TİB İnternet sitesine erişim yasağı koyduktan sonra (yani İnternet sitesi kapatıldıktan sonra, en geç 24 saat içinde) yargıç onayı şartı getirilmiştir. Yargıcın, TİB'in kararını 48 saat içinde onaylamaması durumunda erişim yasağı kararı kendiliğinden kalkacaktır.

Bu düzenlemeden ötürü ciddi hak kayıplarının ve önemli mağduriyetlerin yaşanabileceği söylenebilir. Yargıcın vereceği bu karara karşı ise TİB itiraz edebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki erişimin engellenmesine konu olan içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda erişimin engellenmesine ilişkin kararın geçerliliği kalmayacaktır. Öte yandan, talep eden kişilerin kararı yargıç onayına belirtilen sürede sunmaması durumunda ne olacağı da ciddi bir soru işaretidir. Bu nedenle, yirmi dört saat içinde, talep eden kişiler tarafından talepleri yargıç onayına sunulmazsa, maddenin 4'üncü fıkrası gereğince erişimin engellenmesi kararının-hukuka aykırı da olsa-uygulanmasına devam edilmesi tehlikesi bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki TİB'in itirazı, yargıç tarafından içeriğe erişim engeli kararının kaldırılması veya onaylanması olasılığında geçerlidir. Yirmi dört saat içinde onaya sunulmaması durumunda ise TİB'in veya İnternet sitesi sahibinin başvurabileceği hukuki yol yoktur.

Bu sakıncanın önlenmesi adına yirmi dört saat içinde başvurunun talep eden kişiler tarafından yargıç onayına sunulmaması olasılığına karşı, talebin TİB tarafından kendiliğinden yargıç onayına sunulması yönünde bir

düzenlemeye gidilmesi veya talebin yirmi dört saat içerisinde onaya sunulmaması durumunda içeriğe erişim engeli konması yönünde alınan kararın kendiliğinden geçersiz kalacağına ilişkin yapılacak bir düzenleme, doğabilecek hukuki boşluğun önlenmesi adına önerilebilir.

Bu düzenlemeden ötürü ciddi hak kayıplarının ve önemli mağduriyetlerin yaşanabileceği söylenebilir. Yargıcın vereceği bu karara karşı ise TİB itiraz edebilir. Karara karşı mağdurun (başvurucunun) veya İnternet sitesi sahibinin itiraz edebileceği ise kanunda düzenlenmiş değildir. Özellikle de yargıcın kararı onaylaması üzerine TİB'in itiraz etmesi ile kararın kaldırılması durumunda başvurucunun mağduriyeti gündeme gelebilecektir. Tersi durumda ise, İnternet sitesi sahibi itiraz hakkından yoksun bırakılmaktadır. Bu durumun AİHS'nin 6'ncı maddesindeki hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle, fıkranın TİB'in yanı sıra mağdurun ve İnternet sitesi sahibinin de itiraz edebileceği şeklinde düzenlenmesi yerinde olur. Bunun sağlanması için de 6'ncı fıkradaki "Başkanlık tarafından" ifadesinin metinden kaldırılması yeterli olacaktır.

9'uncu maddenin yanı sıra 9/A maddesi ile de 8'inci maddede sınırlı sayı ilkesine göre belirtilen erişim yasağı tedbirlerine yenisi eklenmiştir. Buna göre, artık özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilmesi gerekçe gösterilerek de hem de yargıç kararına gerek olmaksızın İnternet sitelerine erişim yasağı konabilecektir.

Maddenin 8'inci fıkrasında özel yaşamın gizliliği kapsamında, gecikmede sakınca bulunan durumlar söz konusu ise İnternet sitelerine doğrudan Başkan'ın emri ile erişim engeli konabileceği ifade edilmiştir.

Adı geçen düzenlemenin birkaç açıdan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı söylenebilir. İlkin, maddede belirtilen özel hayatın gizliliği konusundaki gecikme sakıncası hangi ölçüte göre takdir edilecektir? Gecikmede sakınca bulunması durumu yasada tanımlanmış değildir. Ayrıca, bu ölçüt hukukçular tarafından dahi güçlükle takdir edilmekte ve uygulamada pek çok sıkıntıya yol açmaktadır. Durum böyleyken, hukukçu olması gerekmeyen (hatta hukukçu olmayan) ve idarenin denetimiyle gözetimi altında bulunan TİB

Başkanı, özel yaşamın gizliliğinin ihlalinde gecikme sakıncası olduğunu nasıl takdir edecektir?

TİB yapısından ötürü bir idari kuruluştur. TİB, BTK'ya bağlıdır. BTK'nın başkanını da Bakanlar Kurulu atadığı için, deyimi yerindeyse hükümetin "beğenmediği" bir web sitesi özel hayatın gizliliği gerekçesi ile erişime kapatılabilecektir. Bu da site kapatmada siyasi eğilimlerin ön plana çıkabilme riskini ortaya koymaktadır. Ayrıca, TİB Başkanı'nın yani "bir kişinin emri" ile web siteleri kapatılabilecektir. Bir hukuk devletinde bir kişinin emri ile İnternet sitelerinin kapatılması kabul edilebilir bir yaklaşım değildir.

Fıkranın son cümlesindeki "Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir." şeklindeki düzenleme 26.2.2014 tarih ve 6527 Sayılı Kanun'un 18'inci maddesi ile kaldırılmış, bu cümlenin yerine aynı yasanın aynı maddesi ile konulan 9'uncu fıkra ile itiraz yolu "Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." şeklinde düzenlenmiştir.

Şu halde, TİB Başkanı tarafından belirtilen şekilde verilecek olan erişim yasağı kararı TİB tarafından, 24 saat içinde sulh ceza yargıcının onayına sunulacak, sulh ceza yargıcı ise kararını 48 saat içinde açıklayacaktır. Ne var ki yasada, yargıcın kararını 48 saat içinde açıklamaması veya kararın 24 saat içinde yargıç onayına sunulmaması durumunda kararın akıbetinin ne olacağı düzenlenmiş değildir. Başka bir söyleyişle, erişim yasağı kararı TİB tarafından 24 saat içinde yargıç onayına sunulmaz ya da sunulsa bile yargıç tarafından bu karar 48 saat içinde onaylanmazsa kararın geçersiz kalacağına ilişkin maddenin 5'inci fıkrasındakine benzer bir düzenleme getirilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Şu durumda, erişim yasağı kararının maddenin 5'inci fıkrasındaki durumun aksine, 48 saatin sonunda yargıç tarafından onaylanmasa bile geçerli olma tehlikesi söz konusu olabilir. Çözüm, 5'inci fıkranın son cümlesindeki "aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar." şeklindeki

düzenlemenin son fıkra bakımından da kıyasen uygulanması ya da ilgili fıkraya benzeri bir cümlenin eklenmesidir.

Diğer yandan, 9'uncu fıkradaki kurala göre, TİB'in verdiği karara karşı sulh ceza mahkemesine gidilse dahi, yargıca gidiş süresi olan 24 saatin üzerine yargıcın en geç 48 saat içinde karar verecek oluşu da gözetildiğinde, ihlale konu olan İnternet sitesinin hukuka aykırı olarak en az 72 saat kapalı kalma tehlikesi de ortaya çıkmaktadır. 5'inci fıkradaki gibi bir düzenleme de olmadığı için, 72 saatin sonunda adı geçen İnternet sitesinin açılmama olasılığı da bulunmaktadır. Bu nedenle, fıkradaki düzenlemenin, aynı maddenin 5'inci fıkrasındaki düzenleme ile karşılaştırıldığında, yargıcın 48 saatten sonra (veya 48 saat içinde) karar vermemesi durumunda İnternet sitesinin kendiliğinden açılmasına olanak tanımamasından dolayı ifade özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde sınırlandırılması gibi olumsuz sonuca yol açması imkân dahilindedir.

Düzenlemenin eleştirilebilecek başka bir yönü ise, idari bir makam olan TİB kararına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilecek olmasıdır. Sulh ceza mahkemesine itiraz edilmesi, idare mahkemelerinin yavaş çalıştığı gözetildiğinde bir "teminat" gibi görünebilir. Keza 8'inci maddenin 15'inci fıkrası gereğince, bu konudaki kararlar özel kurulacak olan uzmanlık sulh ceza mahkemeleri tarafından verilecektir. Ne var ki TİB'in idari makam oluşu da gözetildiğinde, aslında olması gereken hukuk açısından itirazın idari yargıya yapılması gerektiği de savunulabilir. Bu durumda, sonradan sulh ceza mahkemesine yapılan itiraz üzerine itirazın bu mahkeme tarafından reddolunmasına karşın aynı TİB kararına karşı idari yargıya gidilmesi durumunda itirazın idari yargı tarafından kabul edilerek kararın yürütmesinin durdurulması veya iptali sağlandığında, hangi mahkemenin kararına geçerlilik tanınması gerektiği yönündeki tartışma burada da bir sorun olarak ortaya çıkabilecektir.

16.) 5651 Sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde 6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun'un 88'inci maddesi ile değişikliğe gidilmiş, yer sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi için gereken "ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla" ve "ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde" ifadeleri madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişiklik ile 9'uncu maddenin yeni hali

birlikte yorumlandığında, artık yer sağlayıcının BTK veya TİB tarafından uyarılması durumunda, teknik olarak içeriği yayından kaldırma olanağı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın içeriği yayından kaldırma yükümlülüğü getirilmiştir. Şu halde, yeni değişiklik sonucunda, hukuka aykırı içerikten usulüne uygun biçimde bilgilendirilen yer sağlayıcının içeriği yayından kaldırmama gibi bir yetkisi olmayacaktır. Bu durumda, yer sağlayıcı BTK'nın bildirimini yerine getirmezse, 5'inci maddenin değişik son fıkrasına göre hakkında, TİB tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilebilecek; aksine bir durumda, yani yer sağlayıcı tarafından hukuka aykırı içerik barındıran İnternet sitesine müdahale edilirse, her ne kadar bu durumda TCK 24/1-2'deki kanun hükmü ve amirin emri hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilebilirse de emrin konusu suç olduğundan TCK 24/3 gereğince, yer sağlayıcı şirketin/şahsın adı geçen hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesinin mümkün olamayacağı düşünülebilir. Bu durumda da yer sağlayıcı şirket yetkilisinin (veya şahsın) TCK 244'teki bilişim sistemine müdahale (sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme) suçlamasına yeğin kalabileceği söylenebilir.

Ne var ki eski metindeki "ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla" şeklindeki ifade de yeni metinden çıkarılmıştır. Bundan ötürü, yer sağlayıcının ceza hukuku ilkelerine göre sorumlu tutulabilmesi pek mümkün görünmemektedir. Şu halde, yer sağlayıcı, TİB'den aldığı talimatı yerine getirmek için bilişim sistemine müdahale ederse TCK 243 veya 244'ten ötürü cezalandırılmayacak mıdır? Eski metinde yer alan ve yeni metinden çıkarılan ifadeden anlaşılması gereken de yer sağlayıcıya bundan ötürü ceza vermemek gerektiğidir.

17.) 5651 Sayılı Kanun'un 6'ıncı maddenin ilk fıkrasına eklenen "ç" bendiyle, erişim sağlayıcı "erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla" da yükümlü kılınmıştır. Bunun anlamı, erişim sağlayıcının DNS değişikliği, VPN gibi farklı yollarla da yasaklanan bir İnternet sitesine girilmesini engelleme yükümlülüğü olduğudur.

Düzenleme, bu şekliyle "örtülü sansür" anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, verilen erişim yasağı kararının kapsamını, erişim sağlayıcı, teknik olanaklarını kullanarak genişletecektir. Öte yandan, erişim sağlayıcının alternatif erişim yollarını teknik olarak nasıl engelleyeceği de belirsizdir. Erişim sağlayıcının, bunu sağlaması oldukça güçtür.

18.) 7'inci maddenin ikinci fıkrasında da 6518 Sayılı Kanun'un 91'inci maddesi ile değişikliğe gidilmiştir. Yeni düzenlemeye göre ticari amaçlı olmayan toplu kullanım sağlayıcılara da filtreleme yazılımı ile log kaydı tutma zorunluluğu getirilmesi uygulamada ciddi sorunlara yol açabilecektir. Zira, evinde veya işyerinde kablosuz ağ yoluyla İnternet kullanan ve bu kablosuz ağı birden fazla bilgisayarla şifreli ya da şifresiz olarak paylaşan her kullanıcı, yasal tanıma göre ticari amaçlı olmayan toplu kullanım sağlayıcı kapsamına alınabilir. Şu halde, bir ev/ofis kullanıcısına TİB'in belirlediği filtreleme yazılımını kullanma yükümlüğü getirmek ve ayrıca log kaydı tutma yükümlülüğü koymak hem ciddi anlamda maliyet gerektirmekte, hem de devlet eliyle bireysel kullanıcılara sansür konması anlamına gelmektedir. Ayrıca, her bireysel kullanıcının bu önlemleri alması ve devletin de bunu denetlemesi teknik olarak da oldukça güçtür.

19.) Kişilerin kendi düşüncelerini açıkladıkları ve kişisel yazılarını koydukları blog sitelerine konan erişim yasağı birtakım ciddi mağduriyetlere yol açabilmektedir.

Örneğin wordpress uzantılı on-line günlük sitesinin tamamına konan erişim yasağı yüzünden sadece zararlı içeriği taşıyan günlük sitesi değil, bu alan adı üzerinde barınan 3.5 milyon kişiye ait farklı İnternet siteleri de zarar görmüştür. Ayrıca, böyle bir tedbir ise orantısızdır ve sakıncalı bir kitap nedeniyle tüm kütüphanedeki kitapları yasaklamaya benzemektedir. Bu türdeki bir yasağın ayrıca AİHS'in 7'nci maddesi ile 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının da ihlaline yol açtığı da söylenebilir. Nitekim Türkiye 18 Aralık 2012 tarihinde, "Google Sites" üzerinden yayın yapan sadece bir blogda çıkan "Kemalizm'in Karın Ağrısı" adlı tek bir makale nedeniyle tüm blogların barındığı ana sayfaya konan erişim yasağından ötürü, başvurucu Ahmet

Yıldırım'a AİHS'in 10'uncu maddesinin ihlal edildiği gerekçesi ile 7500 EURO tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

Bu şekilde verilen genel nitelikteki bir erişim yasağının Anayasa'nın 38/7'nci maddesinde düzenlenen "suçta ve cezada kişisellik" ilkesi ile bağdaştığını söylemek de mümkün görünmemektedir. Zira, bu yöntemle sadece suç işleyen kişilere değil, suç işlemeyen kişilere de erişim yasağı ile ceza verilmekte, hatta suç unsuru taşımayan on-line günlük yazarlarının sitelerine de erişim yasağı konmaktadır.

AYM, Twitter hakkında TİB tarafından verilen ve sadece bir hesaptaki hukuka aykırı içerikten ötürü tüm Twitter hesaplarına erişim yasağı koyan kararla ilgili bireysel başvuru üzerine verdiği 02.04.2014 T., 2014-3986 B. numaralı kararında, belli bir hesaptaki içerikten ötürü tüm İnternet sitelerine erişim yasağı konmasının, orantılılık ve cezaların şahsiliği ilkeleri ile bağdaşmadığı gerekçesi ile ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. AYM, benzeri bir gerekçeyi Youtube hakkında verdiği 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararında da kurmuştur.

Ayrıca bu şekildeki genel erişim yasağı nedeniyle kişilerin Anayasa'nın 26'ncı maddesindeki "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti"nin de ihlal ettiğini söylemek mümkündür.

Genel nitelikteki bir erişim yasağının kişilerin "bilgilenme ve bilgiye ulaşma hakkını" da ihlal ettiği söylenebilir. Örneğin "Youtube" adlı görüntü paylaşım sitesine yaklaşık 2 yıl boyunca erişim sağlamak mümkün olamamıştır. Bu nedenle, hukuka aykırı içerikten sorumlu olmayan kişilerin de haber alma ve bilgi edinme hakları engellenmiştir.

20.) Türkiye'deki mevzuat erişimi engellemek için iki yönteme izin vermektedir. Bunlar alan adı ve IP tabanlı engellemedir. Bu iki yönteme ek olarak 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde 6.2.2014 tarih ve 6518 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle URL tabanlı engelleme olanağı tanınmışsa da bu uygulamanın ciddi bir altyapı çalışması gerektirdiği ve bu nedenle de uygulamanın IP veya alan adı tabanlı engellemeye gittiği söylenebilir.

Alan adı tabanlı yasaklama söz konusu olduğunda, yasaklanmak istenen web sitesinin adı yasaklandığı için, o sitenin altında bulunan tüm web siteleri de yasağa maruz kalmaktadır. Bu yöntem, ciddi haksızlıklara yol açmaktadır. Ayrıca bu yöntemin uygulanması üzerine alan adı sistemine yapılan müdahale sonucunda o alan adını içeren e-posta adreslerinin Türkiye ile tüm bağlantısı da koparılmış olmaktadır.

Türkiye'de yaygın olarak uygulanan diğer bir yöntem ise IP numarasını yasaklamaktır. Bu yöntem uygulandığında, yasaklanan IP numarasına ulaşan tüm talepler "çöpe" atıldığı için yasaklanan web sitesine ulaşmak isteyen kişiler ekranlarında "Bu siteye erişim yasaklanmıştır" şeklinde bir uyarı görmektedirler. Uygulanan bu iki yöntemde, ilk verilen erişim yasağı kararının hukuka uygun olduğu kabul edilse dahi, bu karardan ötürü başka İnternet sitelerine konan yasaklar nedeniyle hem bunlardan yararlanmak isteyen kişilerin haklarına engel olunmakta hem de deyimi yerindeyse, bir kitaptaki tek bir sayfada yer alan bir ifade nedeniyle, bu deyimi veya ifadeyi kitaptan çıkartmak yerine tüm kitabı yasaklama gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Bu sakıncalardan ötürü, en etkili alan adı yasaklama yöntemlerinden birisi nesne temelli yasaklama yöntemidir. Ancak bu yöntem, niteliği itibarıyla ciddi bir araştırma ve altyapı çalışmasını gerektirmektedir. Çünkü, bu yöntemle erişim yasağı konabilmesi için, web sitesi üzerindeki tüm içerikler taranmalı ve yalnızca hukuka aykırılık taşıyan içerik için erişim yasağı kararı verilmelidir.

21.) Bu önerilere ek olarak şunlar söylenebilir:

BTK'nın idari tedbir niteliğinde İnternet erişim yasağı koyma yetkisi kaldırılmalı, BTK'ya yalnızca çocuk pornografisi içerikli web sitelerini ilgili savcılıklara ihbar etme yetkisi tanınmalıdır.

İnternet erişim yasaklarının uygulanacağı suç kategorisi tekrar düzenlenmeli; suç sayısı azaltılmalı, tartışmalı olan müstehcenlik; kumar oynamak için yer ve imkan sağlama suçları yasak kapsamından çıkarılmalı bunun yerine tanımı uluslararası sözleşmelerle ortaya konmuş olan çocuk

pornografisine ilişkin görüntüleri içeren web sitelerine erişim yasağı konacağı yönünde bir düzenlemeye gidilmelidir. Web sitelerine erişim yasağı konmadan önce, 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu maddesindeki 6518 Sayılı Kanun değişikliği öncesindeki düzenlemeye benzer bir uygulamaya gidilerek ilgili web sitesinin içerik veya yer sağlayıcısının zararlı içerik konusunda uyarılması ve içeriği kaldırmasının istenmesi; kaldırmadığı durumda içeriğin nesne temelli engellenmesi yönünde bir düzenlemeye gidilmelidir.

Erişim yasağı koymak yerine bireylerin zararlı içerik hakkında bilgilendirilmesi ve filtreleme yazılımlarını kullanmaya teşvik edilmesi de yararlı olabilecek öneriler arasındadır.

Çalışmamızın I'nci Bölümü'nün B-1 (Kavram) başlığında da ifade edildiği üzere, ortam sağlayıcı kavramı hukukumuzda tanımlanmış değildir. Bu kavramı, niteliği itibarıyla ne içerik ne de erişim sağlayıcı tam olarak karşılamaktadır. Sözgelimi Facebook'taki bir profilin sahibi içerik sağlayıcıyken Facebook, bu içeriğin İnternet ortamında bulunmasına aracı olduğu için ortam sağlayıcıdır. Şu halde, Facebook'taki bir içerik nedeniyle ilgili profilin sahibi 5651 Sayılı Kanun'un 4/2 maddesi hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir. Ancak Facebook şirketi ne içerik, ne yer ne de erişim sağlayıcıdır. Bu durumda Facebook'un 5651 Sayılı Kanun'un 4/2, 5 veya 6'ncı maddeleri anlamında sorumluluğu yoktur. Oysa, tüm bunlara rağmen hatalı olarak uygulanan erişim yasağı kararları nedeniyle Facebook gibi sosyal paylaşım ağlarına da zaman zaman erişim yasağı konmaktadır. Hukuka aykırı uygulamaların önlenmesi adına çözüm, 5651 Sayılı Kanun'a ortam sağlayıcı kavramının konmasından ve kavramın açıkça tanımlanması gerekmektedir.

Şu halde, oluşacak sorunların giderilmesi ve hukukun sağlıklı işleyebilmesi adına 5651 Sayılı Kanun'un yukarıdaki eleştiriler de dikkate alınarak yeniden düzenlenmesinde yarar vardır.

4.3.2. Diğer Kanunlarda Yapılması Önerilen Değişiklikler

5651 Sayılı Kanun'un dışındaki kanunlarda öngörülen İnternet yasakları hakkında yapılması gereken değişiklikleri aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

1.) İngiltere, ABD ve Avustralya gibi bazı ülkelerde, devlet politikası veya yasal olarak, belli suçlar için İnternet'e erişim yasağı konabileceği yukarıda açıklanmıştır. Ancak, bu ülkelerde ayrıca, cezaların kişiselleştirilmesi bağlamında belli nitelikteki suçluların İnternet'e girmesinin engellenmesi (kişisel engelleme) yönünde uygulamaya gidildiği de görülmektedir. Kişisel engelleme, sanığın/şüphelinin İnternet'e erişmesini engelleyen her türlü donanımın ve yazılımın sanığın/şüphelinin bilişim sistemine yüklenmesi, sanığın/şüphelinin İnternet iletişiminin denetlenmesi ya da yetkililere gerektiğinde sanığın/şüphelinin İnternet iletişiminin denetlenmesini sağlama hakkı verilmesi şeklinde tanınabilir.

Bu kurumun, TCK'nın 53'üncü maddesindeki "kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar" veya CMK'nun 109'uncu maddesindeki "adli kontrol"e benzer bir tür denetimli serbestlik hükmü olarak uygulanmasına engel yok ise de TCK'nın 53'üncü maddesinde kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar arasında İnternet'e kişisel olarak erişimin engellenmesi belirtilmediği için, belirtilen tedbirin uygulanması için yasal düzenleme gerektiği söylenebilir. Aynı gerekçe ile şüpheli/şartlı salıverilen hükümlü hakkında İnternet'e kişisel olarak erişim yasağı konması da mümkün görünmemektedir. Zira, 109'uncu maddede sayılan adli kontrol tedbirleri arasında bu nitelikte bir tedbir belirtilmiş değildir. Şu halde, CMK'da da TCK'da olduğu gibi bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir.

2.) 633 Sayılı Kanun'un 6/6-7'nci maddesi iki açıdan hukuka aykırıdır. Öncelikle, bu yöndeki bir uygulamanın ve bizatihi yasanın kendisinin Anayasa'nın 136'ncı maddesine aykırılığının tartışılması gerekir. Zira, 136'ncı madde gereğince Diyanet İşleri Başkanlığı tüm dinlerin üzerinde ve laiklik ilkesine uygun biçimde çalışacaktır. Oysa, 633 Sayılı Kanun'un 6/6-7'nci maddesi sadece gerçeğine uygun olmayan Kuran mushafları için erişim yasağı koydurtma yetkisini Başkanlık'a vermekteyken, gerçeğine aykırılık taşıyan diğer dinlerin kutsal kitapları için Başkanlık'a böyle bir yetki verilmemiştir. Adı geçen düzenleme bu yönüyle Anayasa'nın 136'ncı maddesi ile 2'nci maddesine (laik devlet ilkesi açısından) aykırılık oluşturmaktadır. Kaldı ki

gerçeğine aykırı mushaf yayınlayan web sitesine erişim yasağı koydurtmanın ölçülülük ilkesi ile ne oranda bağdaştığı da tartışmalıdır.

Konunun diğer tartışılması gereken yönü ise yetkinin sulh hukuk mahkemesine verilmiş olmasıdır. Erişim yasağı ceza yargılaması konusudur ve 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesi ile sulh ceza mahkemesine yasak koyma yetkisi tanınmıştır. Oysa bu düzenleme ile sulh hukuk mahkemesine ceza yargılaması koruma tedbirini uygulama yetkisi verilmektedir. Üstelik yasanın 6/6'ncı maddesinde, sulh hukuk mahkemesine erişim yasağı koyup koymama yönünde bir takdir hakkı da tanınmış değildir. Kanun metninde, bu türden bir başvuru olduğunda sulh hukuk mahkemesinin erişim yasağı "koyacağı" açıkça ifade edilmiştir. Şu halde, sulh hukuk mahkemesi kararı ile erişim yasağı koydurtmak sadece "şekli" bir teminattan ibarettir. Asıl erişim yasağı koydurtan (veya koyan) ise Kurul'dur. Bu da idari nitelikteki bir organın yargısal yetki kullanması anlamına gelmektedir. Bu yönüyle 633 Sayılı Kanun'un 6/6'ncı maddesinin, Anayasa'nın 9'uncu maddesine de aykırı olduğu savunulabilir. Zira Anayasa'nın 9'uncu maddesine göre yargı yetkisi ancak bağımsız mahkemeler tarafından kullanılabilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere, sulh hukuk mahkemesinin 633 Sayılı Kanun'nun 6/6'ncı maddesi gereğince web sitelerine erişim yasağı koyup koymama yönünde bir takdir hakkı olmadığı için buradaki mahkemenin Anayasa'nın 9'uncu maddesinde aranan "bağımsızlık" niteliğini gerçek anlamda taşıdığı da söylenemeyecektir.

Kurul'un Kuran'ı Kerim'lerin aslına uygunluğunu denetleme açısından resmi bilirkişi olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak, herhangi bir mahkeme talebi ya da tarafların bu yönde bir istemi olmaksızın Kurul'un kendiliğinden harekete geçerek bilirkişilik görevi üstlenmesinin de özellikle HMK'nın bilirkişilik düzenlemelerine aykırılık oluşturduğu söylenebilir. Zira hukuk yargılamasında bilirkişinin mahkeme tarafından görevlendirilmesi esastır. Keza ceza yargılamasında da tarafların istemi ile ya da mahkeme tarafından uygun görülmesi halinde re'sen de bilirkişi incelemesine gidilebilir. Ancak her iki durumda da bilirkişi incelemesine mahkeme karar verir ve bilirkişiye görev mahkeme tarafından verilir. Oysa 633 Sayılı Kanun'un

6/6’ncı maddesinde Kurul’u mahkeme görevlendirmemektedir. İşte bu nedenle Kurul’un kendi kendini bilirkişi olarak ataması ne hukuk muhakemesinin ne de ceza muhakemesinin mantığı ile bağdaşmaktadır.

Öte yandan, hukukumuzda "hatalı veya noksan olarak basıldığı veya yayınlandığı tespit edilen mushaf ve cüzler ile sesli ve görüntülü Kuran-ı Kerim'leri İnternet ortamında yayınlamak" diye bir suç yoktur. Şu halde, 633 Sayılı Kanun’un 6/6’ncı maddesi ile, suçların ve cezaların ancak yasa ile konabileceği ve yasada düzenlenmeyen bir konuda hiç kimse hakkında cezaya veya güvenlik tedbirine hükmedilemeyeceği yönündeki, ceza hukukunun temel ilkesi olan "kanunilik" ilkesi de ihlal edilmekte ve Anayasa'nın 38/1-3’üncü maddelerine de aykırılık ortaya çıkmaktadır.

633 Sayılı Kanun’un 6’ncı maddesi kaldırılmalı, orjinaline aykırılık taşıyan mushafların yayınlanması durumunda ilgili web sitesi Diyanet İşleri Başkanlığ’nın web sitesinde ilan edilmelidir. Uygulamanın diğer dinlerin kutsal kitapları için de yaygınlaştırılması ve Anayasa’nın 136’ncı maddesi ile uyum sağlanmalıdır.

633 Sayılı Kanun’un 6/6-7’nci maddesinin yukarıdaki eleştirilere göre yeniden düzenlenmesi durumunda sorunların aşılabileceği söylenebilir.

3.) 4733 Sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 8’inci maddesi 6111 Sayılı Kanun’un 175’inci maddesi ile değiştirilmiştir. 4733 Sayılı Kanun’da yapılan değişiklikle, hukukumuzda artık kabahat için de erişim yasağı koruma tedbirinin uygulanması olanaklı hale gelmiştir.

Öte yandan, 5651 Sayılı Kanun’un 8/1’inci maddesinde sayılan “suçların” oluştuğu yönünde yeterli şüphe sebebi bulunan durumlarda yasada belirtilen usullere göre erişim yasağı konabilecektir. Öyleyse, 5651 Sayılı Kanun, suçlarla mücadele için çıkarılmıştır. Bundan ötürü, 4733 Sayılı Kanun ile, kabahat niteliği taşıyan eylemler bakımından erişim yasağı koruma tedbiri öngörülmesi hukuk tekniği bakımından doğru olmamıştır.

4733 Sayılı Kanun'da, erişim yasağı kararının alınışı ve uygulanması bakımından 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, yasada tanımlanmış olan kabahatin işlenmesi durumunda, 5651 Sayılı Kanun'daki erişim yasağı kararının alınışına ilişkin usuli yöntemin uygulanması gerekmektedir. Yasa ile getirilen düzenleme 5651 Sayılı Kanun'da sınırlı sayıda sayılan suçları genişletmiş değildir. Kaldı ki zaten 4733 Sayılı Kanun'da sayılan eylem suç da değildir.

5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 15'inci fıkrasında belirtilen uzmanlık mahkemeleri 4733 Sayılı Kanun'da belirtilen kabahatin soruşturulması bakımından da yetkilidir. Zira 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin 15'inci fıkrasında "Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir." şeklindeki ifade ile 4733 Sayılı Kanun'daki 5651 Sayılı Kanun'un erişim yasağına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı şeklindeki ifade birlikte yorumlandığında, 4733 Sayılı Kanun, erişim yasağı konma yöntemi bakımından 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine göndermede bulunduğu için, adı geçen uzmanlık mahkemelerinin soruşturma evresinde 4733 Sayılı Kanun'da sayılan kabahat bakımından da yetkili olduğu kabul edilmelidir. Aksine bir yorum hem 4733 Sayılı Kanun'un amacı ile hem de erişim yasağı koruma tedbirine bu konuda uzmanlık kazanmış olan ceza mahkemeleri tarafından karar verilmesi gerektiği yönündeki "güvenceli koruma"ya aykırılık oluşturabilecektir.

Yukarıda sayılan eleştiriler de gözetilerek, kabahatler için erişim yasağı konması yönündeki düzenlemenin değiştirilmesi, hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından gereklidir.

4.) 5846 Sayılı FSEK'in erişim yasağını düzenleyen ek 4'üncü maddesinde ilk dikkat çekici olan husus, yargıç kararı olmaksızın ve yalnızca savcının emriyle telif hakkı ihlali gerekçesiyle web sitesine erişim yasağı konabileceğidir. Savcı emrinin yargıç onayına sunulmuyor oluşu da bu şekilde

verilen erişim yasağı tedbirinin yargıç güvencesinden yoksun olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki temel ölçütlerden birisi olan "yargıç kararı" koşulu 5846 Sayılı Yasa'da ne önsel ne de sonradan denetim yoluyla öngörülmüş değildir. Şu halde "kuramsal olarak" yalnızca savcının emri ile FSEK ek madde 4'e dayanılarak web sitelerine erişim yasağı konabilir. Uygulamada erişim yasağının genellikle- sevindirici şekilde- yargıç kararı ile verildiği görülmekteyse de adı geçen düzenlemenin, olası bir başvuru durumunda Türkiye'yi AİHM nezdinde mahkum ettirebileceği söylenebilir.

Yasal düzenlemede eksik olduğunu düşündüğümüz konulardan diğeri ise erişim yasağı kararını verecek olan yargıcın konuyla ilgili uzmanlık mahkemesinin yargıcı olması gerektiğinin yasada düzenlenmemiş oluşudur. Bir başka deyişle, fikri hak ihlallerinden ötürü bir İnternet sitesine erişim yasağı konacak ise, bu kararı fikri haklar alanında uzmanlaşmış olan ceza mahkemesi yargıcının vermesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü, fikri haklara ilişkin ihlaller özel uzmanlık gerektirmektedir. Bundan ötürü, 5846 Sayılı Kanun'da, ek madde 4'ün uygulanmasına ilişkin kararların fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerince verileceği açıkça düzenlenmelidir.

5.) 6362 Sermaye Piyasası Kanunu'nun 99/3 maddesinde, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin İnternet üzerinden yürütüldüğünün tespit edilmesi durumunda, erişim yasağı tedbirinin uygulanması, içerik ve yer sağlayıcının yurt içinde veya yurt dışında olmasına göre farklı usule göre gerçekleştirilecektir.

Eğer içerik ve yer sağlayıcı yurt içindeyse, Kurul mahkemeye başvuracak, mahkeme kararı ile ilgili İnternet sitelerine erişim yasağı konacaktır. Ancak, içerik ve yer sağlayıcı yurt dışında ise, Kurul'un başvurusu üzerine BTK tarafından idari tedbir yöntemiyle erişim yasağı kararı konacaktır.

Düzenlemede ilk eleştirilmesi gereken yön, İnternet sitelerinin içerik ve yer sağlayıcılarının yurt içinde olması durumunda mahkeme tarafından verilecek olan kararlarda, mahkemeye takdir hakkı tanınmamış olmasıdır.

Çünkü yasadaki ifade, mahkemenin erişim yasağı kararını "vereceği" yönündedir. İfade "verebilir" şeklinde olsaydı, mahkemenin bu konuda takdir hakkı olduğundan bahsedilebilirdi. Şu halde, 2499 Sayılı Kanun döneminde, yasada açıkça belirtilmese de fiilen SP Kurulu'nun elinde olan erişim yasağı kararı koyma yetkisi yasaya konmuş ve SP Kurulu'nun bu talebine mahkemeler tarafından erişim yasağı konacağı söylenerek, "şeklen" karara bir teminat tanınmıştır.

Ne var ki mahkeme kararı olmadan erişim yasağı konamaması bir teminat olarak düşünülebilirse de mahkemeye takdir hakkı tanınmaması görünürdeki bu teminatı fiilen işlemez duruma getirebilecektir.

Ayrıca bu mahkeme hangi mahkemedir? 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesinde 5651 Sayılı Kanun'a açık göndermede bulunulmuş değildir. Madde metnindeki "erişimin engellenmesine ilgili mevzuat uyarınca Kurul tarafından yapılan başvuru üzerine mahkemelerce karar verilir" şeklindeki ifadede belitilen "ilgili mevzuat"ın 5651 Sayılı Kanun mu olduğu yoksa başka bir yasa hükmü mü olduğu tartışmalıdır. Zira, eğer yasakoyucu buradaki hükümle 5651 Sayılı Kanun'u kast etmiş olsa idi, biraz aşağıda incelediğimiz 6362 Sayılı Kanun'un 115/5'inci maddesindeki gibi 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine açık göndermede bulunabilirdi. Bu nedenle 5651 Sayılı Kanun'un 8/15'inci maddesinde belirtilen uzmanlık mahkemeleri tarafından soruşturma aşamasında bu yönde bir karar verilmesi de mümkün görünmemektedir. Kaldı ki 5651 Sayılı Kanun'un 8/15'inci maddesi gereğince, uzmanlık mahkemeleri ancak 5651 Sayılı Kanun'un 8, 9 ve 9/A maddelerinde tanımlanan suçlar bakımından yetkilidirler.

Şu halde, 6362 Sayılı Kanun'un 99/3 maddesinde belirtilen mahkeme herhangi bir mahkeme olabilir mi? Bu sorunun yanıtı, kısmen de olsa 6362 Sayılı Kanun'un "Görev ve yetki" başlığını taşıyan 116'ncı maddesinde "Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir." denerek verilmiştir. Şu halde, 6362 Sayılı Kanun'un 115/5'inci maddesinde olduğu şekilde özellikle

yasa metninde belirtilmediği için, 99/3'üncü maddeye göre verilecek olan erişim yasağı kararının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen uzmanlık ceza mahkemesi tarafından, verilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, 5651 Sayılı Kanun'un 8/10'uncu maddesi gereğince koruma tedbiri olarak verilen erişim yasağı kararının gereğini yerine getirmeyen erişim veya yer sağlayıcılara adli para cezası verileceğine ilişkin düzenlemenin 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi kapsamında verilen erişim yasağı kararlarına uyulmaması durumunda geçerli olacağını söylemek de güçtür. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere, 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi kapsamındaki erişim yasağı kararını aynı yasanın 116'ncı maddesi gereğince, sermaye piyasası hukuku anlamında yetkilendirilmiş mahkemenin vereceği düşünüldüğünde, 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi kapsamında verilen erişim yasağı kararlarının uygulanmaması durumunda, bu kararı uygulamayan erişim veya yer sağlayıcılara "suçta ve cezada yasallık" ilkesi gereğince 5651 Sayılı Kanun hükümlerine göre ceza verilmesi hukuken mümkün görünmemektedir.

6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesinde 5651 Sayılı Kanun'a açıkça göndermede bulunulmadığı için de 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin kendiliğinden ve kıyasen uygulanabilmesi mümkün görünmemektedir. Her ne kadar 5651 Sayılı Kanun, İnternet'e erişim yasaklarını düzenleyen temel kanun olsa da içerdiği hükümlerin ancak yasada tanımlanmış olan eylemler bakımından uygulanabileceği veya başka yasalar tarafından açıkça göndermede bulunulduğu takdirde uygulanabileceği tartışmalardan uzak olmalıdır. Bu nedenle, ortaya çıkan veya çıkacak hukuki sorunların aşılması adına erişim yasağına ilişkin kararlar ve yaptırımlar bakımından 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağının 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesine (aynı yasanın 115/5'inci maddesinde olduğu gibi) bir cümle ile eklenmesinde yarar olduğu düşünülebilir.

Maddenin uygulanmasında eleştirilebilecek diğer bir yön ise, mahkeme tarafından verilecek olan kararların ancak içerik ve yer sağlayıcı yurt içindeyse uygulanabileceğidir. Bu düzenlemenin, mahkemelerinin ulusal yetkisi

anlamında doğru olduğu söylenebilirse de içerik veya yer sağlayıcılardan herhangi birinin yurt dışında olması durumunda uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmekte yarar vardır. Yasadaki "ve" bağlacından ulaşılan yorum bu yöndedir. Bu nedenle, yasadaki "ve" bağlacının "veya" olarak değiştirilmesinde yarar olabilir.

İçerik ve yer sağlayıcı yurt dışında ise Kurul'un başvurusu üzerine BTK tarafından İnternet sitelerine erişim yasağı konacaktır. Bu olasılığa dayanılarak verilen erişim yasağı kararı bir idari tedbir niteliği taşıdığı için, 6362 Sayılı Kanun'nun 99/3'üncü maddesinde her ne kadar açıkça 5651 Sayılı Kanun'a göndermede bulunulmamış olsa dahi 5651 Sayılı Kanun md 8/11'deki yaptırımın erişim veya yer sağlayıcısı bakımından uygulanabileceği düşünülebilir. Ne var ki 5651 Sayılı Kanun md 8/11'de düzenlenen idari yaptırım ancak TİB tarafından 5651 Sayılı Kanun md 8/4'te belirtilen idari tedbir yoluyla verilen erişim yasağı kararına uyulmaması durumunda geçerli olmalıdır. Aksi halde, 6362 Sayılı Kanun'nun 99/3'üncü maddesinde açıkça 5651 Sayılı Kanun'a atıf yapılmadığı halde, 5651 Sayılı Kanun hükümlerinin kendiliğinden 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi bakımından da uygulanması gündeme gelir ki bu durumun "idarenin yasallığı" ilkesi ile de bağdaşmayacağı söylenebilir. Şu halde çözümün 6362 Sayılı Kanun md 99/3 hükmüne, aynı yasanın 115/5 maddesinde olduğu gibi 5651 Sayılı Kanun'a atıf yapan bir ek cümle konması olduğu yönündeki önerimizi yineliyoruz.

Maddedeki düzenleme gereğince, yasanın 99/3'üncü maddesindeki düzenlemeden farklı olarak, yer ve içerik sağlayıcılardan herhangi birinin yurt dışında bulunması durumunda yasada belirtilen "izinsiz sermaye piyasası işleminin (web sitesi üzerinden) gerçekleştirilmesi" suçunu işleyen web siteleri bakımından 6362 Sayılı Kanun'un 115/5'inci maddesinin göndermesi ile 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin uygulanması, başka bir deyişle, sadece 109'uncu maddede belirtilen suç bakımından TİB tarafından 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesindeki usule göre İnternet sitelerine erişim yasağı konabilmesi mümkün olabilecektir. Bu nedenle, sadece 109'uncu maddede belirtilen suç için, soruşturma evresinde 5651 Sayılı Kanun'un 8/15'inci

maddesi gereğince uzmanlık mahkemeleri tarafından karar verilebilmesi mümkündür. Ne var ki 6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesi gereğince verilecek olan kararların, aynı yasanın 116'ıncı maddesi gereğince özel olarak yetkilendirilmiş olan mahkeme tarafından verilecek olması, aynı yasada, benzer/aynı içerik taşıyan suçlara iki ayrı mahkeme tarafından bakılması açısından sakıncalıdır ve hak yitimlerine yol açabilir.

6362 Sayılı Kanun'un 99/3'üncü maddesindeki düzenleme ile 115/5'inci maddesindeki düzenlemenin, tartışmaların önüne geçilmesi adına tek bir başlıkta birleştirilerek ve yasadaki belli suç/suçları kapsamı altına alarak yasanın 115/5'inci maddesi altında yeniden tanımlanmasının, 99/3'teki düzenlemenin ise tamamen yürürlükten kaldırılmasının hukuk güvenliği ile belirlilik ilkesi açısından daha sağlıklı bir yaklaşım olacağı ifade edilebilir. Aynı şekilde, birleştirilecek olan maddede, 5651 Sayılı Kanun'un 8/15'inci maddesi uyarınca yetkili olan uzmanlık mahkemesinin erişim yasağı kararı vereceği de hükme bağlanmalı, 116'ıncı maddeye de bu yönde bir ayrıksı hüküm konmalıdır.

6.) 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 99/3'üncü maddesi gereğince de kamu hukuku tüzel kişiliğine sahip olan SP Kurulu'nun da İnternet üzerinde erişim yasağı uygulama yetkisi olduğu görülmektedir. Aynısını, 633 Sayılı Kanun'un 6/6-7'inci maddesi kapsamında Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı Mushafları Değerlendirme ve Kıraat Kurulu ve 5809 Sayılı EHK'nun 9/12'nci maddeleri açısından da söylemek mümkündür.

Her ne sebeple olursa olsun ve hangi yasal düzenlemeye dayanırsa dayansın, bir bürokratik kuruma kimseyle bağlantıya geçmeden ve kimseye savunma hakkı tanımadan veya bir yerde ilan etmeden İnternet'e erişim yasağı koyma yetkisi tanınmasının Anayasa'yla pek bağdaşık olduğu söylenemez.

7.) BTK tarafından yayınlanan ve 22.11.2011 tarihinde yürürlüğe giren (öncesinde 22. 08'inci 2011'de yürürlüğe girecekken "İnternetime dokunma" kampanyası ile yürürlük tarihi, tepkiler de gözetilerek uygulaması içerik olarak biraz yumuşatılarak ileri alınan ve bu satırların yazıldığı tarih itibarıyla

yürürlükte bulunan) tebliğ ülkemizde İnternet yasaklarının ne kadar keyfi uygulandığını ortaya koyması bakımından dikkat çekici bir örnektir.

Bahsi geçen tebliğin yanı sıra, yine BTK tarafından yer sağlayıcı (hosting) hizmeti veren şirketlere yönelik bir bildirimin yapıldığı; bu bildirimde BTK'nın bazı sözcüklerin web sitelerin içinde veya alan adlarında yer almaması gerektiği yönünde yer sağlayıcı şirketlere uyarıda bulunduğu, hatta bu uyarıda, ekli listede belirtilen sözcükleri veya sözcük gruplarını içeren sitelerin yer sağlayıcılar tarafından sunuculardan çıkarılması ve faaliyetlerinin sonlandırılması; aksi halde yer sağlayıcı şirketlere cezai yaptırımlar uygulanacağı yönündeki haberler basına yansımıştır. Haberin basına yansıması üzerine oluşan kamuoyu tepkisi neticesinde, BTK tarafından, adı geçen sözcük gruplarının yasaklama amaçlı bildirilmediği; yalnızca yer sağlayıcılar tarafından özdenetimin sağlanmasının hedeflendiği yönünde bir düzeltme metni yayınlanmıştır.

Oysa, BTK tarafından yayınlanan ilk tebliğ metni ve ekindeki "kara liste" incelendiğinde sözgelimi "etek, meme, göğüs, hikaye, itiraf, çıplak, yasak, yerli, sarışın, yetişkin, taciz, hatun, haydar, hayvan" gibi bazı sözcülere de yasak getirildiği görülmektedir.

Bu tebliğ iki açıdan hukuka aykırıdır. Öncelikle, bir tebliğ ile (hatta bir e-posta ile) bazı sözcükler yasaklanmaktadır. Oysa bir hukuk devletinde bırakınız e-postayı, yönetmelikle dahi temel hak ve özgürlükler sınırlandırılamaz. Temel hak ve özgürlükler, ancak ve ancak yasa ile sınırlandırılabilir. Kaldı ki bir yasal düzenleme olsa dahi, yönetmelik, tebliğ gibi işlemlerle temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenlemelere gidilebilmesi de hukuken olanaksızdır. Öte yandan tebliğ idare hukukunda “adsız düzenleyici işlem” olarak vasıflandırılmakta ve bu nedenle de kurallar kademelenmesi ilkesine tabi olmak durumundadır. Oysa, adı geçen tebliğin herhangi bir yasal dayanağı yoktur. Bu nedenle, adı geçen tebliğin öncelikle Anayasa'nın 2’nci ve 13’üncü maddelerine aykırı olduğu söylenebilir. Ayrıca, düzenlemenin ifade hürriyetini herhangi bir yasal dayanağı olmaksızın

sınırlandırmış olması nedeniyle Anayasa'nın 13'üncü ve 26'ncı maddelerine de aykırılık oluşturduğu belirtilebilir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 38/3'üncü maddesi ile TCK'nın 2'nci maddesi gereğince suç da ceza da ancak ve ancak yasa ile konabilir. Bu nedenle, adı geçen tebliğin (e-posta) hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Çünkü, tebliğin gereğini yapmayan yer sağlayıcılara cezai yaptırım uygulanacaktır. Şu halde, bu şekildeki bir emrin kanunsuz emir olarak yorumlanabilmesi de mümkündür. Yer sağlayıcı şirketlerin böyle bir emri uygulamaması gerekir. Zira, tebliğin uygulanması yönünde verilecek emir Anayasa'nın 2'nci maddesi ile güvencelenen insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesi ve 14'üncü maddesi ile güvencelenen insan haklarına dayalı hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.

Konu hakkındaki diğer bir hukuka aykırılık ise, yukarıda örneklenen bazı sözcük gruplarının alan adında veya sitenin içeriğinde geçemeyecek oluşunun doğuracağı sıkıntılardır. Sözgelimi, İnternet üzerinden evcil hayvan satan bir işletmeci kendisine ait olan www.evhayvanlari.com gibi bir siteyi, sırf alan adında yasaklı olan "hayvan" sözcüğü geçtiği için kullanamayacak, kullanıyor ise kapatmak zorunda kalacaktır. Kapatmasa dahi, yer sağlayıcı şirketler cezai yaptırım korkusuyla bu alan adına barınma olanağı tanımayacakları için, bu alan adı fiilen kullanılamaz hale gelecektir. Bu durumda, bu işletmecinin uğrayacağı zarar nedeniyle Anayasa'nın 40'ıncı maddesi gereğince devletten tazminat talep etme hakkı doğabilecektir.

Tebliğin, kişilerin dilediği alanda çalışma hürriyetini engelleyebileceği ve bu nedenle Anayasa'nın 48'inci maddesine de aykırı durumun ortaya çıkabileceğini söylemek yanlış olmaz. Çünkü, tebliğ ile yasaklanan bazı sözcük gruplarını içeren, bir üst paragrafta örneği verilen web sitelerinin erişime kapatılacak olması, özellikle ağırlıklı olarak veya yalnızca İnternet üzerinden satış yapan bazı işletmelerin çalışabilmesini olanaksız kılacaktır.

8.) TİB'in İnternet sitelerine koyduğu, bazı durumlarda hukukun sınırlarını oldukça zorlayan kararlarını fiili yol kavramı ile betimlemenin

mümkün olduğunu düşünüyoruz. Zira, fiili yol için aranan mülkiyet hakkının veya bir temel hakkın çok açık ihlali üzerine o idari işlemin artık haksız fiil niteliğine bürünmesi, TİB'in bazı işlemleri için söylenebilir. Özellikle de biraz yukarıda incelenen tebliğ ile İnternet sitelerine erişim yasağı konması durumunda bu eylemin haksız fiil niteliğine bürüneceği ve TİB'in tazminat sorumluluğunu gerektireceği düşünülebilir. Böyle bir durumda ise adli yargıda TİB'e karşı tazminat davası açılması mümkündür.

9.) 6102 Sayılı TTK'nın uygulamasına göre, haksız rekabet nedeniyle bir İnternet sitesinin kapatılması gündeme geldiğinde, kararı verecek olan yargıç, haksız rekabet kurallarını ihlal ettiği iddia edilen İnternet sitesinin (veya şirketin) yetkilisini de dinleyerek web sitesinin kapatılmasının gerekip gerekmediğini karara bağlayacaktır. Bunun yanı sıra yargıç, kapatma yerine içeriğin geçici olarak kaldırılmasına da karar verebilecektir.

Düzenlemenin, web sitelerinin kapatılmasını zorlaştıracağı söylenebilir. Bu nedenle de 5651 Sayılı Kanun'da düzenlenmemiş olan web sitesinin yetkilisinin dinlenmesi şeklindeki eksikliği- haksız rekabet yönünden- giderdiği söylenebilir. Bu uygulamanın 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine de konmasının web sitelerinin kapatılmasını güçleştireceği ve doğabilecek olası mağduriyetleri engelleyeceği düşüncesindeyiz.

10.) Diğer yasalarda yapılacak olan değişikliklere ilişkin ek önerilerimiz ise şöyle özetlenebilir:

Uygulamada sorunlu ve hakkaniyete aykırı kararların çıkmasının önlenmesi adına 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine bir düzenleme konarak, İnternet'e erişim yasaklarının ancak 5651 Sayılı Kanun'da belirtilen nedenlere göre ve 8/15'incü madde ile özel olarak yetkilendirilmiş ihtisas mahkemeleri aracılığı ile konabileceği, diğer mevzuattaki erişim yasağına ilişkin düzenlemelerin geçerli olmadığı ifade edilmelidir. Bu bağlamda özellikle 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 99/3 ve 115/son maddelerinin yeniden düzenlenerek tartışmalı uygulamalara son verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Bu kapsamda, diğer kanunlarda 5651 Sayılı Kanun'un 8'inci maddesine yapılan göndermeler kaldırılmalı, diğer kanunlardaki tüm erişim yasakları kaldırılmalı ve erişim yasakları tek kanunda düzenlenmelidir.

Ayrıca her ne kadar ülkemiz AB'ye tam üye değilse de, ABAD'ın İnternet hakkında ve özellikle de İnternette özel hayatın korunması hakkında verdiği "unutulma hakkı"na ilişkin kararlar da gözetilerek "unutulma hakkı"na ilişkin yasal düzenleme yapılması, özel hayatın gizliliğine ilişkin taleplerle (içeriklerin arama motorlarında saklanmaya devam edilmesi talepleri gibi talepler) web sitelerinin kapatılmasını engelleyebilecektir.

4.4. Sonuç ve Değerlendirme

Pek çok hak ve özgürlükle yakın bağlantısı olan ve bundan ötürü "sui generis" hak olarak tanımlanabilecek İnternet'e erişim hakkı; aynı zamanda bir yönüyle de özgürlük olarak tanımlanabilir. Bu özgürlüğün bireylere tanınması için devlete olumlu ve olumsuz edimde bulunma yükümlülüğü düşmektedir. Evrensel Hizmet Kanunu da bu ödevin bir yansımasıdır.

İnternet sayesinde devletin geleneksel egemenlik anlayışı boyut değiştirmiştir. Bu bağlamda artık her işlem İnternet üzerinden yapılabilmektedir. Hemen herkeste bulunan cep telefonları sayesinde İnternet artık her an yanı başımızdadır. Belki de değişen bu yeni egemenlik anlayışı sayesinde yakın bir gelecekte yargılamaların dahi sanal ortamdan yapılması gündeme gelebilecektir. Bu bir düş değil, gerçekleşebilecek bir olasılıktır. Zira 6102 Sayılı TTK'nın 1527'nci maddesinde (belirli koşullar altında) sanal şirket toplantılarına ve sanal oylamaya izin verilmesi bu yöndeki gidişin bir ütopya olmadığını da göstermektedir.

İnternet, getirdiği yeni egemenlik anlayışı ile adeta dünyada çığır açmıştır ve açmaya devam edecektir. Devletin egemenliği, geleneksel anlamını yitirmiş, yerini "İnternet egemenliği"ne bırakmıştır. İnternet'in getirdiği "sınır kabul etmez" dönüşümden egemen gücün de etkilenmesi kaçınılmaz görünmektedir. 6102 Sayılı TTK'daki düzenlemeler bu eğilimin yansımasıdır.

AYM de AİHM gibi İnternet'e erişim hakkının temel insan haklarından olduğunu ifade etmektedir**.** AYM'nin 8/16 iptal, Twitter ve Youtube hakkında verdiği bireysel başvuru kararları İnternet özgürlüklerinin kullanılmasını genişlettiği, İnternet'e erişim hakkını yasaların belirliliği, orantılılık ilkesi, TİB'in yetkilerinin genişliğinin hukuka aykırı olduğunun kabul edilişi, başvurucuların ehliyetinin geniş yorumlanmış oluşu açısından Türk özgürlükler hukuku açısından fevkalade önemlidir. Bundan ötürü, AYM'nin bu iki kararı, Türkiye'de İnternet özgürlüklerine yasama (ve yürütme) organlarının nasıl bakması gerektiğini göstermesi açısından da yol göstericidir. Yapılacak yasal düzenlemelerde AYM'nin bu konuda yaktığı ışıktan yararlanılmalıdır.

Anayasaların sorunların çözümüne ışık tutabilmesi, günceli ve çağı yakalayabilmesine bağlıdır. Bu bağlamda çağdaş anayasaların insan haklarının gelişimine ayak uydurabilmesi ve birey haklarını devlet yetkesi karşısında koruyabilmesi gerekir. Bu bağlamda, özgürlük-yetke dengesinin çok iyi kurulması, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması adına önem taşımaktadır. Ne var ki özgürlükler genişletilir yetke daraltılırsa anarşi, tersi olursa baskıcı yönetim ortaya çıkar.

Devletin temel görevi, İnterneti ve iletişimi değişik yollarla engellemek veya sınırlamak değildir. Devlet, İnternet'e müdahale etmemenin yanı sıra, İnternet'le ilgili düzenlemelerde temel hak ve özgürlükleri koruyucu eğilim içerisinde olmalıdır. Bu nedenle, biraz yukarıda da ifade edildiği üzere, devletin İnternet'e erişim hakkı konusunda hem olumsuz (negatif) hem de olumlu (pozitif) yükümlülüğü olduğu söylenebilir. İnternet'e erişim hakkının devlet tarafından korunması, İnternet üzerindeki yasakların sınırlandırılması ülkemizin çağdaş ve uygar uluslar düzeyine ulaşması yönündeki gelişimi açısından da önemlidir.

Bu bağlamda, devletin İnternet sitelerine erişim yasağı koyarak yasakçı bir tavırla sorunları çözmeye çalışması, çözümden ziyade, başka sorunlara yol açmakta; ülkemizin uluslararası camiada "sansürcü" ve "baskıcı" damgalarını yemesine yol açmaktadır.

Öyleyse, özünde özgürlük bulunan İnterneti özgür bırakmak fakat denetleyici düzenekleri de sisteme eklemek gerektiği söylenebilir. Zira, çalışmamızda da irdelendiği üzere, erişim yasakları karşılaştırmalı hukuk düzenlerinde büsbütün sistemin dışına itilmiş değildir. Ne var ki genel eğilim çocuk pornografisi, nefret söylemi ve terör propagandası yapan İnternet sitelerine, çok katı ve denetlenebilir koşullarla erişim yasağı konması; özünde İnternet'in denetimini kullanıcılarına bırakmak yönündedir.

Ne yazık ki AİHM'in Delfi AS-Estonya Kararı, haber içerikli İnternet sitelerindeki yorumlar nedeniyle haber portallarını sorumlu tutuyor oluşundan ötürü, İnternet üzerinden ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı bir karardır. Karar, ayrıca Ahmet Yıldırım Kararı'ndaki özgürlükçü yorumdan AİHM'in uzaklaştığının görülmesi adına da üzüntü vericidir.

Unutulmamalıdır ki "İnternet yaşam"dır. Yaşam nasıl her koşulda küçücük bir filizden koskoca bir ormana dönüşüyor ve yaşam formlarını büsbütün ortadan kaldırmak mümkün olmuyorsa, İnterneti de yasaklarla tamamen denetlemek ve siyasi iktidarlar açısından "kendi güdümüne sokmak" mümkün görünmemektedir. Yaşamın doğası gibi, İnternet'in doğası da sürekli gelişmeye ve atılıma açıktır; dinamiktir.

KAYNAKÇA

Basılı Kaynaklar, Kitaplar ve Makaleler

Adler, H. Jonathan; (2001)*, "Stand or Deliver: Citizen Suits, Standing And Environmental Protection"*, **Duke Environment Law& Policy Forum**, Vol: 12:39, s.39-83 (http: // scholarship. law.duke.edu/cgi/viewcontent. cgi?article= 1146&context=delpf) (Erişim Tarihi:30.06.2015)

Akad, Mehmet/ **Dinçkol** Vural, Bihterin/**Bulut**, Nihat, (2014), **Genel Kamu Hukuku,** Gözden Geçirilmiş 10. Basım, İstanbul: Der Yay

Akdeniz, Yaman; (2015), *"Twitter Sansürlemede Dünya Lideriyiz",* **Makale,** http://www.diken.com.tr/twitter-sansurlemede-dunya-lideriyiz/ (Erişim Tarihi: 27.08.2015)

Akdeniz, Yaman; (2001) "Controlling illegal and harmful content on the Internet", **Crime and The Internet,** Edited By David S Wall, London: Routledge , s.113-141

Akdeniz, Yaman, (2011), *"Digitürk mü, Müyap mı Daha Çok Site Engelletirdi, Bilemiyorum – 6"*

http://www.turkinternet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=33216 (Söyleşi) (27 Temmuz 2011) (Erişim Tarihi: 15.03.2014)

Akdeniz, Yaman, (2010), *"Tebliğ";* **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı,** 11-15 Ocak 2010, Yıl: 2010, C: 3, Ankara:2010, Ankara Barosu Yay., s.394-399 http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2010-hukuk-kurultayi-3-cilt.pdf (Erişim Tarihi:02.10.2014)

Akdeniz, Yaman/ **Altıparmak,** Kerem, (2008), **İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, Türkiye'de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme**, Ankara : İmaj Yay. (Kitapçık)

Akdeniz Yaman/ **Altıparmak,** Kerem; (2010), *"Bir Turnusol Kağıdı Türkiye'de İnternet Yasakları",* **Güncel Hukuk,** S: 80, Ağustos 2010, s.24, 29 (http://www.cyber-rights.org/reports/guncel_hukuk_makale.pdf) (Erişim Tarihi:13.08.2015)

Akdeniz Yaman/ **Altıparmak** Kerem; (2013), "Sosyal Medya Soruşturma ve Düzenlemeleri Hakkında Basın Açıklaması", 13 Haziran 2013, http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1501 (Erişim Tarihi: 10.07.2013)

Akdeniz,Yaman/ **Altıparmak,** Kerem; (2014) *"5651 Sayılı Kanunun Değişiklik Tasarısı ile İlgili Rapor",* **(4 Şubat 2014 tarihli Basın Açıklaması)** http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1519 (Erişim Tarihi: 19.09.2015)

Akdenizli, Banu, (2011), *"İnternet, Egemenlik ve Devlet:İnternet'in Ulusal ve Uluslararası Yönetime Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme",* **Global Media Journal,** C:1, S:2, Bahar 2011, s. 31-51 http://globalmediajournaltr.yeditepe.edu.tr/makaleler/GMJ_2._sayi_Bahar_2011/pdf/Akdenizli.pdf (Erişim Tarihi: 31.07.2014)

Akgül, Mustafa, (2008), *"İnternet Yasakları ve Hukuk",* **TBBD,** S:78, s. 352-377 http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-78-461 (Erişim Tarihi:25.07.2014)

Akgüner, Tayfun; (1983), **1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu,** İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fak. Yay., İstanbul: 1983

Akıncı, Hatice/**Alıç,** Emre/ **Er,** Cüneyd; (2004), *"Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları",* **İnternet ve Hukuk**, Der: Yeşim M. Atamer, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay.,Ocak 2004, s. 157-277

Akıncı, Müslüm, (1999), **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, İstanbul: Beta Yay.

Akıncı, Müslüm/ **Taşkın**, Ş.Cankat, (2014), *"İdarenin Düzenleme Konusu Olarak İnternet ve İnternete Erişim Yasakları",* **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 16 (Özel Sayı:1),** s.151-165) http://dergi.kmu.edu.tr/userfiles/file/Mayis20141/22m.pdf (Erişim Tarihi: 06.03.2015)

Akipek, Jale G./**Akıntürk,** Turgut/ **Karaman Ateş**, Derya, (2011), **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt,** (6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu ve Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış Yenilenmiş 8. Baskı), İstanbul: Beta Yay.

Alacakaptan, Uğur, (2004), *"Terörün Değişen Yüzü ve Dünya-1",* **Hukuk ve Adalet,** Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 1, S: 1, Ocak-Mart 2004, İstanbul, s.127-139

Aliefendioğlu, Yılmaz, (2002), *"2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut",* **AYD,** Yıl:2002, No:19, s.141-176 http://anayasa.gov.tr/files/pdf/ anayasa_yargisi /anyarg19/aliefendioglu.pdf (Erişim Tarihi:23.10.2014)

Alkan, Necati, *"Terör Örgütlerinin İnternet Ortamında Yürüttüğü Faaliyetler",* http://www.caginpolisi.com.tr/20/41-43.htm (Erişim Tarihi: 30.03.2012)

Almagor-Raphael Cohen; (2015), **Confronting The Internet's Dark Side, Moral and Social Responsibility on the Free Highway,** Washington: First Published by Cambridge University Press

Amme İdaresi Dergisi (AİD, 1970/2) , C:3, S:2, Haziran 1970

Arslan, Zühtü, (2002), *"Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler",* **AYD**, Yıl: 2002, No:19**,** s.139-155 http://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/arslan.pdf (Erişim Tarihi:23.10.2014)

Aslan, Betül, (2009), **Devletin Temel Amaç ve Görevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı,** İstanbul: XII Levha Yay.

Atalay, Esra, (2004), *"Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Hukuki Niteliği",* **DEÜHFD,** Yıl: 2004, C:6, S: 1, s.43-66 http: //webb.deu.edu.tr/ hukuk/dergiler/DergiMiz6-1/PDF/atalay2.pdf (Erişim Tarihi:23.10.2014)

Avcı, Artun, (2013), **Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü,** İstanbul:Legal Yay.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, (AİHK 2003), Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları

Avşar, Zakir/ **Öngören**, Gürsel, (2010), **Bilişim Hukuku,** İstanbul: Türkiye Bankalar Birliği Yay. http://www.tbb.org.tr/Content/Upload/Dokuman/801/BILISIM_HUKUKU.pdf (Erişim Tarihi:04.04.2015)

Aybay, Rona; (1978), *"Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu",* **AÜSBFD,** Yıl: 1978, C:3, S:1, s. 59-82 http://politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/33/1/3_Rona_AYBAY.pdf (Erişim Tarihi:25.08.2015)

Baştürk, İhsan; (2011), *"Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki-Cezai Sonuçları"*, **TAAD,** Yıl:2, C:1, S:6, s.286-326 (http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/taad6/files/assets/basic-html/page306.html (Erişim Tarihi:08.09.2015)

Bayındır, Sinan, (2011), **Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu**, İstanbul: Beta Yay.

Beccaria, Cesare, (2013), **Suçlar ve Cezalar Hakkında,** Çev: Sami Selçuk, 3.Baskı, Ankara: İmge Kitabevi

Boyer, Barry/ **Meidinger,** Errol; (1985), *"Priviatizing Regulatory Enforcement: A Preliminary Assesment of Citizen Suits Under Federal Environmental Laws",* **Buffalo Law Review,** Vol:34, s.833-964) http://web2.law.buffalo.edu/faculty/meidinger/scholarship/citsuit.pdf (Erişim Tarihi:30.06.2015)

Bick, Jonathan; (2000), **101 Things You Need To Know About Internet Law,** 1. Edition, New York: Three Rivers Press

Bulduk, Seyfi, (2014), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ile Ceza Muhakemesi Hukukunda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli:2014

Büyük Türkçe Sözlük http://tdkterim.gov.tr/bts/ (Erişim Tarihi:15.07.2013)

Çakmak, Münci; (2011), *"İdare Hukukunun Anlamı ve Önemi",* **İÜHFM,** C:LXIX, S:1-2, s.707-718

Çelikbaş, Nil Merve, (2013), **Haksız Rekabette Yazılı Basının Sorumluluğu,** İstanbul: Vedat Kitapçılık

Demir, Önder, (2002), *"İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu",* (Bildiri) **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu,** 21-22 Mayıs 2001, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yay. s.471-485

Denning, E. Dorothy, [t.y], *"Activisim, Hacktivism and Cyber Terrorism: The Internet As A Tool For Influencing Foreign Policy",* **Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime and Militancy,** s.239- 288 (http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/MR1382/MR1382.ch8.pdf) (Erişim Tarihi:05.10.2014)

Derbil, Süheyp; (1950), *"Danıştay'ın Rolü",* **AÜHFD,** C:VIII, Yıl: 1950, S:1-2, s.1-8 (http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1950-07-01-02/AUHF-1950-07-01-02-Derbil.pdf) (Erişim Tarihi: 26.06.2015)

Deren-Yıldırım, Nevhis, (1999), **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler,** İstanbul: Alkım Yay.

Dönmezer, Sulhi, (2004), **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler,** Tıpkı 17. Bası, İstanbul:Beta Yay.

Duh, Christine; (2002), *"Yahoo Inc v. LICRA"*, **Berkeley Technology Law Journal,** Volume:17, Issue: 1, Article: 21, s.358-378 http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1356&context=btlj (Erişim Tarihi:16.09.2015)

Dülger, Murat Volkan, (2007), *"İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme"',* **İBD**, C:81, S: 2007/4, s. 1477-1547

Dülger, Murat Volkan, (2014), **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku,** 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yay.

Dülger, M. Volkan/ Beceni Yasin, (2011), **Türkiye'de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler,** İstanbul: TÜSİAD Yay. (Kitapçık)

Encyclopedia Britannica, *Gitlow-New York Kararı* http://global.britannica.com/EBchecked/topic/1508178/Gitlow-v-New-York (Erişim Tarihi:20.12.2013)

Erman, Barış; (2001) *"Alman Hukukunda İnternetten Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu",* **İÜHFM,** C: LIX, S:1-2, s.203-226

Fendoğlu, H. Tahsin, (2002), *"2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md. 13)"***, AYD**, Yıl:2002, No:19,s.112-149 http://anayasa. gov.tr/files/ pdf/anayasa_ yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf (Erişim Tarihi:23.10.2014)

Gemalmaz, Semih; (1987), *"Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi"*, **Ord. Prof. Dr Sulhi Dönmezer'e Armağan, İÜHFM**, Yıl: 1987, C:52, S:1-4, s.233-278

(http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023003804/1023003398 (Erişim Tarihi: 09.07.2015)

Gemalmaz, Semih, (2014/1), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C:1**, 8. Baskı, İstanbul: Legal Kitabevi,

Gemalmaz, Semih, (2014/2), **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, C:2**, 8. Baskı, İstanbul: Legal Kitabevi,

Gözler, Kemal, (2014), **Hukukun Temel Kavramları,** Bursa: Ekin Yay.

Gözler, Kemal; (2014/a), **Hukuka Giriş,** 11. Baskı, Bursa: Ekin Yay.

Gözler, Kemal; (2014/b), *"Sulh Ceza Hakimlikleri ve Tabii Hakim İlkesi"; 'Sahur Operasyunu' Hakkında Bir Açıklama",* (Makale: 29 Ağustos 2014 Tarihli makale) http://www.anayasa.gen.tr/tabii-hakim.htm (Erişim Tarihi: 03.09.2015

Gözler, Kemal, (2014/c), *"Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü Ve İfade Hürriyeti"(5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi)",* **Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı**, İstanbul: Legal Yay., Aralık 2014, C:I, s. 1059-1120 http://www.anayasa.gen.tr/5651.pdf (Erişim Tarihi:13.01.2015)

Gözler, Kemal, (2009/1), **İdare Hukuku**, **C:1,** Bursa: Ekin Yay.

Gözler, Kemal, (2009/2), **İdare Hukuku**, **C:2,** Bursa: Ekin Yay.

Gözler, Kemâl, (2002), *"3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği",* **AYD,** Yıl: 2002, No:19, s.326-354 http://anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf (Erişim Tarihi:23.10.2014)

Gözler, Kemâl, (1990), *"Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi",* **ABD,** Yıl: 47, S:4,s.561-590) (http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/1990-4.pdf) (Erişim Tarihi:08.11.2013)

Günday, Metin, (2011), **İdare Hukuku, 10. Baskı,** Ankara: İmaj Yay.

Hacettepe Üniversitesi 2012 Anayasa Taslağı (HÜ-2012) https://www.hacettepe.edu.tr/hakkinda/hacettepe-universitesi-anayasa-taslagi-2012.pdf (Erişim Tarihi:29.08.2014)

Hakyemez, Yusuf Şevki, (2000), **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası,** Ankara: Seçkin Yay.

Hakyemez, Yusuf Şevki, (2004), **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Ankara: Seçkin Yay.

Hanağası, Emel, (2009), **Davada Menfaat**, Ankara: Yetkin Yay.

Hatemi, Hüseyin, (2005), **Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık

Hedley, Steve, (2006), **The Law Of Electronic Commerce and The Internet in The UK and Ireland,** London: Cavendish Publishing

Hız, Yüksel/ **Yılmaz,** Zekeriya, (2004), **Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı,** Ankara: Seçkin Yay.

Ingber, Stanley, (1984), *"The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth",* **Duke Law Journal**, Vol:1984/1, s.3-91) http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2867&context=dlj (Erişim Tarihi:08.10.2014)

İstanbul Düşünce Enstitüsü'nün 12.04.2012 tarihli Anayasa Teklifi (Enstitü-2012) (http://anayasaizleme.org/wp-content/uploads/2011/11/Istanbul-Dusunce-Enstit%C3%BCsu-Anayasa-Teklifi.pdf) (Erişim Tarihi:30.08.2014)

Kaboğlu, İbrahim Ö, (2014), **Anayasa Hukuku Dersleri,** Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul: Legal Yay.

Kaboğlu, İbrahim Ö, (2013), **Özgürlükler Hukuku-1, İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş,** 7. Baskı, İstanbul: İmge Kitabevi

Kaboğlu, İbrahim Ö, (2005), **Anayasa Hukuku Dersleri,** Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul: Legal Yay.

Kaboğlu, İbrahim Ö, (1998), **Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, İstanbul: AFA Yay.

Kakırman, Deniz; (2006), **İdari Yargıda İptal Davalarında Öznel Dava Ehliyeti Olarak Menfaat İhlali Koşulu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul: 2006

Kangal, T. Zeynel; (2001), "Fransa'da İnternet Yoluyla İşlenen Suçlardan Doğan Ceza Sorumluluğu", **İÜHFM**, C: LIX, S:1-2, s.227-242

Kapani, Münci, (1999), **Politika Bilimine Giriş,** Onbirinci Basım, Ankara: Bilgi Yay.

Karagöz, Kasım, (2004), **İfade Özgürlüğü ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Sınırlandırılması Sorunu,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara:2004

Karahan, Sami, (2003), **Ticari İşletme Hukuku,** Konya: Mimoza Yay.

Kaya, Bedii Mehmet, (Kaya, 2010), **Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi,** 5651 Sayılı Kanun ve Dünya Uygulamaları, İstanbul: XII Levha Yay.

Kaya, Cemil, (Kaya, 2005), **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı,** Ankara: Seçkin Yay.

Kayral, Kürşat, (2008), *"Tebliğ";* **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (Bilişim ve Hukuk),** 8 Ocak-11 Ocak 2008, Yıl: 2008 Cilt: 2, Ankara:2008, Ankara Barosu Yay., s.45-49 (http: //www. ankarabarosu. org. tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/HKurultay_Cilt_02_IC.pdf
(Erişim Tarihi:02.10.2014)

Keefe, Patrick Radden, (2006), **Echelon: Dünyayı Dinleyen İstihbarat Örgütleri,** Çev: Sinem Gül, 1.Baskı, İstanbul,:Defne Yay.

Kılıçoğlu, Ahmet M., (2014), **Medeni Hukuk Temel Bilgiler,** Ankara: Turhan Kitabevi

Kılıçoğlu, Ahmet M., (2013), **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk,** Ankara: Turhan Kitabevi

Kılınç, Doğan, (2010), *"Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti",***GÜHFD**, C:XIV, Yıl:2010, S:2, s.407-465 http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_14.pdf
(Erişim Tarihi:31.07.2014)

Koç, Serhat, (2013), **Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri,** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı (Bilişim ve Teknoloji Hukuku), İstanbul: 2013

Koçak, Konur Alp; (Koçak K., 2012), *"Yasemin Devrimi'nden Arap Baharı'na: Tunus"*, **Yasama Dergisi,** Yıl: 2012, S:22, s.23-61 http: //www. yasader.org/web/yasama_dergisi/2012/sayi22/22-61.pdf (Erişim Tarihi: 04.08.2015)

Koçak, Mustafa, (2006), **Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi, Devlet ve Egemenlik**, Ankara: Seçkin Yay.

Kohl, Uta, (2007), **Jurisdiction and The Internet (Regulatory Compedence over Online Activity)**, New York: Cambridge University Press

Konuralp, Haluk, (2009), **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara: Yetkin Yay.,

Köse, Güven/ **Özen,** Kerem, (2010), *"Internet'te Sansür Üzerine Bir Değerlendirme (Review of Internet Cencorship)"*, (Bildiri) 2. Uluslararası Değişen Dünyada Bilgi Yönetimi Sempozyumu (http: //www.bby.hacettepe.edu.tr/yayinlar/dosyalar/kose-ozen.pdf) (Erişim Tarihi: 25.12.2013)

Kuru, Baki/ **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz,** Ejder, (2014), **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 Sayılı HMK'na göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı,** Ankara: Yetkin Yay.

Küçük, Eşref; (2013), **Roma Hukuku Davalar Sisteminde Actio Popularis**, Ankara: Adalet Yay.,

Liesching, Marc, (2003), **Pornografierverbote in Staaten der Europaischen Union**; in: MMR, Heft :3, s. 156-157'den yollamada bulunan **Özbek,** Veli Özer, (2009), **Müstehcenlik Suçu**, Ankara: Seçkin Yay. s. 33, 34)

Mahmutoğlu, Fatih Selami, (2001), *"Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu"*, **İÜHFM,** C: LIX, S:1-2, İstanbul, s.39-49 http:// www.journals. istanbul.edu.tr/ iuhfm/article/view/1023004157/1023003752 (Erişim Tarihi:21.10.2014)

Mahmutoğlu, Fatih Selami, (2008), (Bildiri), **Türkiye Barolar Birliği, Özel Hayatın Gizliliği Paneli,** TBB Yayınları, Ankara: 18 Ekim 2008, Şen Matbaacılık, s.100-109) (http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/ozel-yasamin-gizliliği.pdf) (Erişim Tarihi:09.04.2014)

Marberth-Kubicki, Annette, (2009), *"İnternet Sansürünün Başlangıcı: Erişim Sağlayıcılar Üzerinden Erişimin Engellenmesi";* (Çev:Serkan Meraklı) **İnternet Hukuku** (Der:Yener Ünver) Ankara, 2013: Seçkin Yay.; s.347-359

Mathiason, John, (2009), **Internet Governance (The new frontier of global institutions),** New York: First published by Routledge

Mazlum, İsmet, (2012), *"Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda İhtiyati Tedbir"*, **Erzurumluoğlu Armağanı,** Ankara:2012, Ankara Barosu Yay., s. 565-581 (http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/erzurumluoglu-armagani.pdf) (Erişim Tarihi:01.10.2014)

Montesquieu, (1998), **Kanunların Ruhu Üzerine II,** Çev: Fehmi Baldaş, İstanbul: Toplumsal Dönüşüm Yay.

Müderrisoğlu, Feridun, (1977), "*Anayasal Hak ve Özgürlüklerin ve Özellikle Basın Özgürlüğünün Kamu Düzeni İle Sınırlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni*", **Onar'a Armağan**, İstanbul: İÜHF Yay. s.485-506

Oğuz, Habip, (2012), **İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması,** Ankara: Adalet Yay.

Oğuzman, M. Kemal/**Seliçi,** Özer/**Oktay-Özdemir,** Saibe, (2005), **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** Yeniden Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi

Okandan, Recai Galip, (1976), **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası

Onar, Sıddık Sami, (1960/1), **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:1,** İstanbul: Hak Kitabevi-İsmail Akgün Matbaası

Onar, Sıddık Sami, (1960/2), **İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:2,** İstanbul: Hak Kitabevi-İsmail Akgün Matbaası

Öktem, Niyazi, (1985), **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ders Notları,** İstanbul: Der Yay.

Önok, Murat, (2013), *"Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği"* **Prof.Dr Nur Centel'e Armağan**, TC Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2003, C: 19, S:2, s.1229-1269 http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCMQFjAB&url=http%3A%2F%2Fe-dergi.marmara.edu.tr%2Fmaruhad%2Fissue%2Fdownload%2F5000001567%2F5000000648&ei=XnI_VNOkKqSa7gbMy4CYDg&usg=AFQjCNFAzgsfgbLi5Kzr7lTfDVyjSk7bng&sig2=JgOTxuZf5vC1HwVGdqObcQ&bvm=bv.77648437,d.ZGU (Erişim Tarihi:16.10.2014)

Özbek, Veli Özer, (1999), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara: Seçkin Yay.

Özbek, Veli Özer, (2009), **Müstehcenlik Suçu**, Ankara: Seçkin Yay.,

Özbek, Veli Özer, (2002), "*İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları"*, **DEÜHFD,** Yıl: 2002, S:1, C:4, s.101-157

İzmir (http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz4-1/PDF/ozbek5.pdf (Erişim Tarihi:13.10.2014)

Özcan, Mehmet, (2004), "*Siber Terörizm ve Ulusal Güvenlik"***, İnternet ve Hukuk,** Der: Yeşim M.Atamer, 1.Baskı, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yay. s. 301-340

Özdek, Yasemin; (1991), *"İptal Davasında Menfaat Koşulu",* **Amme İdaresi Dergisi,** C: 24, S:1, s.102 **Hata! Köprü başvurusu geçerli değil.** (Erişim Tarihi: 15. 06. 2015)

Özdek, Yasemin, (2004), **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye,** Ankara: Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yay.

Özel, Sibel (2004), **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara: Seçkin Yay.

Özen, Muharrem/**Baştürk,**İhsan, (2011), **(Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında) Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku**, Ankara: Adalet Yay.

Özgenç, İzzet, (2014), **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yay.

Özkul, Davut, (2002),*"Bilişim Sistemi Kavramı ve Bilişim Sistemlerinin Denetimi"*, **Sayıştay Dergisi,** S: 44-45, (01.06.2002) , s. 11-34) http://dergi.sayistay.gov.tr/icerik/der44-45m2.pdf (Erişim Tarihi:21.10.2014)

Özsoy, Şule, (2005), *"Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar"*, **TBBD**, Yıl: 2005, S:56, s.40) (http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-56-102) (Erişim Tarihi:22.10.2014)

Özsoy, Şule, (2008), "*Türkiye'de İfade Özgürlüğü Hakkının Hukuki Korunması Hakkında Bilanço Notları",* İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 60. Yıldönümünde Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunları Sempozyumu'nda sunulan tebliğ, **GSÜHFD,** Yıl: 2008, s.27-47

Öztürk, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem,** Mustafa Ruhan/ **Sırma**,Özge/ **Kırıt** Saygılar, Yasemin F./**Özaydın,** Özdem/**Akcan** Alan, Esra/**Erden** Efser, (2013), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,** 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yay.

Peschke Güneş, Seldağ, (2014), **Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria)**, Ankara: Yetkin Yay.,

Righettini, Maria Stella/ **Nesti,** Giorgia /**Padovani**,Claudia, (2013), *"Media Regulators in Europe: Italy"*; s.100-113

(http://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDAQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.lasics.uminho.pt%2Fojs%2Findex.php%2Fcecs_ebooks%2Farticle%2Fdownload%2F1542%2F1444&ei=kQjFU6nvLcfiywO68YCQCw&usg=AFQjCNHPZkca0ggpNXKXHe0qV9D__TJCrw&sig2=L3SVmS3Or1feBIFda320Kg&bvm=bv.70810081,d.bGQ) (Erişim Tarihi:17.07.2014)

Rotkoph, David; (2015), *"Is Unrestricted Internet Access a Modern Human Right?"* (2 February 2015) http://foreignpolicy.com/2015/02/02/unrestricted-internet-access-human-rights-technology-constitution/ (Erişim Tarihi: 06.10.2015)

Sağlam, Fazıl, (Sağlam F., 2002), *"2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları"***, AYD**, Yıl:2002, No:19, s.288-310 http:// anayasa.gov.tr/ files/pdf/anayasa yargisi/ anyarg19 /fsaglam.pdf (Erişim Tarihi:23.10.2014)

Selçuk, Sami, (2004), **Beccaria'nın İnsanlığa Bildirisi,** İstanbul: İmge Kitabevi

Sınar, Hasan, (2001), **İnternet ve Ceza Hukuku,** 1. Baskı, İstanbul: Beya Yay.

Sionaidh Douglas-Scott, (1999), *"The Hatefulness Of Protected Speech: A Comparison of The American and The European Approaches",* **William Marry Bill Of Rights Journal,** Vol: 7/2, 1999, s.305-346 (http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol7/iss2/2/)
(Erişim Tarihi:21.12.2013)

Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Vakfı, 2014'te Türkiye (Türkiye 2014), Ankara: Turkuvaz Yay.
http://file.setav.org/Files/Pdf/20150226163935_2014te-turkiye-pdf.pdf (Erişim Tarihi:04.09.2015)

Smith, Russel/ **Grabosky,** Peter/ **Urbas,** Gregor, (2004), **Cyber Criminals on Trial,** Cambridge: First Published by Cambridge University Press

Somer, Pervin, (2010), *"Leges Saturae E Lex Caecilia Et Didia (Roma Hukuku'nda Torba Kanun Yasağı)";* **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı,** Ankara: Seçkin Yay., s.23-30

Soyaslan, Doğan, (2014), **Ceza Hukuku Özel Hükümler,** Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yay.

Soykan, Cavidan, (2007), *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı"*, **AÜHFD**, Yıl:2007, C:56, S:2, s.63-74

(http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2007-56-02/AUHF-2007-56-02-soykan.pdf) (Erişim Tarihi:29.09.2014)

Soysal, Mümtaz, (1997), **100 Soruda Anayasanın Anlamı,** Onbirinci Baskı, İstanbul: Gerçek Yay.

Söğütlü Erişgin, Özlem, (2012), *"Roma Hukukunda Hamile Kadın Kölenin Çocuğunun (Partus Ancillae) Hukuksal Yazgısı Hakkında"* **AÜHFD**, Yıl: 2012, C:61 S: 4, s.1407-1436 http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1761/18674.pdf (Erişim Tarihi:08.11.2014)

Söyler, Yasin; (2009), *"Kabahatler Kanunu'na İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme",* **Yasama Dergisi,** Yıl:2009, S:12, s.160, 161 http://www.yasader.org/web/yasama_dergisi/2009/sayi12/136-167.pdf (Erişim Tarihi:12.08.2015)

Söyler, Yasin, (2013), **Kamu Hukuku Açısından İnternet İçeriğinin Düzenlenmesi ve Bu Alanda Devletin İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi,** Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara:2013

Sunay, Reyhan, (2007), **Tartışılan Egemenlik,** Ankara: Yetkin Yay.

Tahiroğlu, Bülent/**Erdoğmuş,** Belgin; (2014), **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul: Der Yay

Tanilli, Server, (2001), **Devlet ve Demokrasi,** Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Baskı, İstanbul: Adam Yay.

Tanju, Erhan, (2012), **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Ankara: Seçkin Yay.

Tanör, Bülent, (1998), **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980),** İstanbul: Yapı Kredi Yay.

Taşkın, Şaban Cankat, (2008), **Bilişim Suçları,** İstanbul: Beta Yay.

Tekek, Murat; (2011), *"Sosyal Medya ve Arap Baharı",* **Gazi Üniversitesi U.İ.B** (http://www.orsam.org.tr/tr/yazigoster.aspx?ID=2964) (Erişim Tarihi:04.08.2015)

Tekinalp, Ünal**;** (2012), **Fikri Mülkiyet Hukuku,** Güncellenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık

Teziç, Erdoğan, (1990), *"Türkiye'de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü"*, **AYD**, Yıl: 1990, S:7, s.31-46 (http://anayasa.gov.tr /files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/tezic.pdf) (Erişim Tarihi:25.10.2014)

The Concise Encyclopedia of Economics, John Sturat Mill, http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Mill.html (Erişim Tarihi:20.12.2013)

Tikveş, Özkan, (1980), *"Basın Özgürlüğü ve Sansür Yasağı"*, **DEÜHFD,** Yıl:1980, C:1, S:1, s.161-172 http://webb.deu.edu.tr /hukuk/dergiler/ilk/yilbirsayibir/tikves9.pdf (Erişim Tarihi:23.10.2014)

Tunç, Hasan/ **Döner,** Ayhan; (1998), *"MGK ve Milli Güvenlik Kavramı"*, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksek Okulu Dergisi,** S:1, s.3 -22 http://dergipark.ulakbim.gov.tr/selcuksbmyd/article/view/5000084314/5000078411 (Erişim Tarihi:25.08.2015)

Turgut, Nükhet; (1993), **Çevre ve Yurttaşlar**, Ankara: Savaş Yay.,

Turgut, Nükhet; (1996), *"Çevre Hukukunda Çevreci Örgütlere Tanınan Olanaklar"*, **AÜHFD,** Yıl: 1996, C:45, S:1-4, s. 103-130 http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1996-45-01-04/AUHF-1996-45-01-04-Turgut2.pdf (Erişim Tarihi:07.07.2015)

Turgut Yılmaz, Nükhet; (2012), **Çevre Politikası ve Hukuku**, Ankara: İmaj Yay.

Tümerdem, Murat, (2013), **İnternette Kişilik Hakkı İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat,** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara:2013, s.94-113

Türkiye Bilişim Şurası, (2002), Başbakanlık Müsteşarlığı, Türkiye Zeka Vakfı, Türkiye Bilgi İşlem Hizmetleri Derneği, Ankara: 10-12 Mayıs 2002, Türkiye Bilişim Derneği, Türkiye Bilişim Vakfı Ortak Yay.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası HAK-İŞ Konfederasyonu Önerisi, (HAK-İŞ 2011) http://anayasaizleme.org/wp-content/uploads/2011/11/Hak-Is-Anayasa-Taslagi1.pdf (Erişim Tarihi:01.09.2014)

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Müstakil Sanayici ve İş Adamları Derneği, (MÜSİAD-2011), http://anayasaizleme.org/wp-content /uploads/2011/11/MUSIAD-Anayasa-Onerisi.pdf (Erişim Tarihi:02.09.2014)

Uçkan, Özgür, (2011), *"Gençlik, Bilgi Toplumu, Yönetişim, Sansür ve Türkiye"*, (Bildiri) **Katılımın "e-hali" Gençlerin Sanal Alemi,** Der: Aslı Telli Aydemir, Alternatif Bilişim Derneği Yayınları, Kasım 2011, s. 105-140 (http: //panel. stgm. org. tr/ vera / app / var / files / k /a/katilimin-e- hali.

pdf#page=105 (Erişim Tarihi: 16. 12. 2011)

Ulusoy, Ali D.; (1993*), "Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış"*, **AÜHFD,** Yıl: 1993, C:43, S:1-4, s. 125-142 http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1993-43-01-04/AUHF-1993-43-01-04-Ulusoy.pdf (Erişim Tarihi: 07.07.2015)

US, Eser, (2012), *"İdari Denetim Altında Bağımsız İdari Otoriteler: RTÜK Örneği ve İfade Özgürlüğü"*, **Erzurumluoğlu Armağanı,** Ankara:2012, Ankara Barosu Yay. s. 799-839 (http: //www.ankarabarosu. org.tr /Siteler/ 2012yayin/2011sonrasikitap/erzurumluoglu-armagani.pdf) (Erişim Tarihi:01. 10.2014)

Uzun, Mine; (2015), *"5651 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesi ve Hükmün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi Işığında Değerlendirilmesi*", **İBD**, C: 89, Yıl:2015, S:2015/2, Mart-Nisan 2015, s.224-249)

Ünver, Yener; (2001), *"Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi*", **İÜHFM**, C: LIX, S:1-2, s.51-154

Üstündağ, Saim, (2000), **Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Yedinci Baskı, İstanbul: Nesil Matbaacılık

Wall, S David; (2001), *"Cybercrimes and The Internet",* **Crime and The Internet,** Edited By David S Wall, London: Routledge, s.1-18

Wall, S David; (2001/a), *"Maintaining order and law on the Internet",* **Crime and The Internet,** Edited By David S Wall, London: Routledge, s.167-184

Weber, Anne, (2009), **Nefret Söylemi El Kitabı,** Avrupa Konseyi Yay. Çev: Metin Çulhaoğlu (http://ihop.org.tr/dosya/coe/nefret_soylemi.pdf) (Erişim Tarihi: 03.03.2014)

Yargıtay 4'üncü HD'nin 03.06.2013 T., 2013/8516 E., 2013/10516 K. sayılı **Neutec AŞ & Adem Yılmaz kararı** (karar yayınlanmamıştır)

Yargıtay 4'üncü HD'nin 27.06.2013 T., E.2013/9466 E., 2013/12474 K. sayılı **Adem Yılmaz (firmafaresi) & Karsan AŞ kararları** (karar yayınlanmamıştır.)

Yaşamış, Firuz Demir, (2004), "Tebliğ", **Bilgi Edinme Hakkı Paneli,** 5 Mayıs 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Haziran

2004,s.25-76 (http: //tbbyayinlari. barobirlik. org.tr/ TBBBooks/ bilgi_edinme. pdf) (Erişim Tarihi:23.07.2014**)**

Yavuz, Can; (2015*), "Bilişim Çağında Yeni Bir İnsan Hakkı: Unutulma Hakkı"*, **İBD**, C: 89, Yıl:2015, S:2015/2, Mart-Nisan 2015, s.250-299

Yavuz, Cevdet; (2008), "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", **MÜHFD,** Yıl:2008, C:14, S:4, s.29-61http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/2008C.14S.4/29-61.pdf (Erişim Tarihi:09.09.2015)

Yazıcı, Serap, (2012), **Demokratikleşme Sürecinde Türkiye,** 2.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay.

Yenisey, Feridun/**Nuhoğlu,** Ayşe; (2014) **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Nisan 2014, İstanbul: Bahçeşehir Üniversitesi Yay.

Yıldırım, Turan/**Yasin**, Melikşah/**Karan,** Nur/**Özdemir,** H. Eyüp/ **Üstün,** Gül/ **Tekinsoy Okay,** Özge; (2011), **İdare Hukuku,** İstanbul:XII Levha Yay.

Yıldız, Mustafa, (1998), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı,** İstanbul: Alfa Yay.

Zabunoğlu, Yahya, (1999), *"Düşünceyi İfade Özgürlüğü"*, Ankara Barosu'nun 76. kuruluş yıldönümü etkinlikleri çerçevesinde düzenlenen panelde sunulan Tebliğ, 14 Temmuz 1999, s.3-10 (http:// www.ankarabarosu. org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/dusunceifade.pdf) (Erişim Tarihi:01.10.2014)

Zittrain, Jonathan L., (2008)**, Future of The İnternet (And How to Stop It)**, London: Yale University Press, (http://blogs.law.harvard.edu/futureoftheİnternet/files/2013/06/ZittrainTheFutureoftheİnternet.pdf) (Erişim Tarihi:08.10.2014)

İnternet Kaynakları

http://5651calistay.wordpress.com/5651-ve-ilgili-mevzuat/5651-sayili-kanun-gerekcesi/ (Erişim Tarihi:17.06.2014)

http://www.ab.gov.tr/files/ilerlemeRaporlariTR/2014_ilerleme_raporu_tr.pdf (s.51) (Erişim Tarihi:07.11.2014)

http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2011_ilerleme_raporu_tr.pdf (s.6,25-27, 65-67,87) (Erişim Tarihi: 20.10.2012)

http://www.acma.gov.au/ (Erişim tarihi: 16.07.2014)

http://www.african-court.org/en/ (Erişim Tarihi:23.07.2014)

http://www.african-court. org/en/ images/documents/ Sources%20of% 20 Law/Banjul%20Charta/charteang.pdf (Erişim Tarihi:23.07.2014)

http://www.agciyiz.net/index.php/servis-ve-uygulamalar/internet-intranet-extranet/ (Erişim Tarihi: 13.09.2013)

http://www.aihmbasvuru.com/ek-protokoller/ek-protokol-no-7.html (Erişim Tarihi:04.09.2015)

http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2011/06/aihm-gazetecilerin-internetten.html (Erişim Tarihi:03.04.2015)

http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2015/06/internet-haber-portallarnn-sorumlulugu.html (Erişim Tarihi:06.09.2015)

http://archive.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=ACMA_ORG_OVIEW (Erişim tarihi: 16.07.2014)

http://archive.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PC_1512 (Erişim Tarihi: 05.08.2015)

http://www.aksam.com.tr/siyaset/muhur-devri-kapaniyor-dijital-oy-sistemi-geliyor/haber-236616 (Erişim Tarihi:20.06.2014)

http://www.anayasa.gov.tr/index.phpl=manage_karar&ref=show&action=karar&id=758&content= (AYM'nin 11.2.1987 Tarih; 1986/12 E., 1987/4 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi: 02.03.2012)

http://anayasagundemi.com/2014/04/20/avrupa-konseyi-ve-avrupa-birliginden-internet-ile-ilgili-iki-onemli-karar/ (Erişim Tarihi:04.08.2014)

http://www.ankarabarosu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/until2007/avrupaicin.pdf (Erişim Tarihi:07.08.2014)

https://www.astronot.com.tr/ Erişim Tarihi: 14.01.2014

www.ateizm. org (Erişim Tarihi:25.10.2014)

http://avrupa.info.tr/tr/avrupa-birligi/ab-yasal-cerceve.html (Erişim Tarihi:04.03.2015)

http://www.barobirlik.org.tr/Detay38697.tbb (Erişim Tarihi: 09.03.2015)

http://www.barobirlik.org.tr/Detay64181.tbb (Erişim Tarihi: 28.08.2015)

http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/2015/20150817_danistaykarar.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2015)

http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/142923-aihm-karari-5651-sayili-yasa-aihs-e-aykiri (Erişim Tarihi:06.08.2015)

http://www.bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/162222-turkiye-basin-ozgurlugunde-bes-sira-iyilesti (Erişim Tarihi:17.05.2015)

http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/comm/free_speech/schenck.html (Schenck.v US Kararı) (Erişim Tarihi: 23.12.2013)

http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/06/130601_gezi_parki_direnis.shtml (Erişim Tarihi: 01.06.2013)

http://www.bbc.com/turkce/haberler/2015/06/150626_abd_escinsel_evlilik (Erişim Tarihi: 10.08.2015)

http://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/05/140530_google_ab (Erişim Tarihi:13.08.2015)

http://billofrightsinstitute.org/resources/educator-resources/lessons-plans/landmark-cases-and-the-constitution/skokie-and-brandenburg/ (Skokie v. US Kararı-1977) (Erişim Tarihi: 24.12.2013)

http://www.birgun.net/news/view/twitterdan-fuat-avni-aciklamasi/3205 (Erişim Tarihi:07.08.2014)

http://www.bmfsfj.de/ (Erişim Tarihi:17.07.2014)

http://btk.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fKurul+Karar%C4%B1%2f2011%20DK-14-461.pdf (Erişim Tarihi:06.08.2015)

http://www.bundespruefstelle.de/bpjm/Service/english.html (Erişim Tarihi: 06.08.2015)

http://www.bursadabugun.com/haber/turkiye-ye-basin-ozgurlugu-notu-408396.html (Erişim Tarihi: 30.05.2014)

http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=395&invol=444 Brendenbourg v. Ohio Kararı (Erişim Tarihi: 23.12.2013)

http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=485&invol=46 Hustler Magazine v. Falwell Kararı (485 U.S. 46, 1988) (Erişim Tarihi:12.02.2014)

http://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca8/14-2118/14-2118-2015-05-05.pdf?ts=1430839888 United States v. Phillips, No. 14-2118 (12.01.2015) Kararı (Erişim Tarihi:8.8.2015)

http: //www.chip.com. tr/haber/btk-dan-yasak-kelimeler aciklamasi_26657. html (Erişim Tarihi: 14. 12. 2012)

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/MCM%282005%29005_tr.pdf (Erişim Tarihi:04.03.2014)

http://www.comlaw.gov.au/Details/C2014C00304 (Erişim tarihi:17.07.2014)

https://www.comlaw.gov.au/Details/C2005A00044 (Erişim Tarihi: 05.08.2015)

http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=420444&kn=6&ka=4&kb=6(Erişim Tarihi:03.06.2013)

http://www.cumhuriyet.com.tr/?hn=385126&kn=29&ka=4&kb=29
"İnternetiniz de Tehdit Altında" başlıklı haber (Erişim Tarihi: 19.12. 2012)

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/52775/_Twitter_in_kapatilmasi_gibi_bir_talebimiz_olmadi_.html# (Erişim Tarihi: 09.04.2014)

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=436748
(Scarlet Extended SA v SABAM Kararı (24.11.2011;70/10) (Erişim Tarihi:06.11.2014)

http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=22111
Digital Rights Ireland Ltd (8.4.2014,293/12) (Erişim Tarihi:09.08.2014)

http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60314&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=71444
Konsumenteninformation v Commission Kararı (13.04.2005,02/03) (Erişim Tarihi:11.08.2014)

http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44332&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=75817 Hautala v. Council Kararı (19.07.1999, 14/98) (Erişim Tarihi:11.08.2014)

http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=43954&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=85061 (Erişim Tarihi:11.08.2014) Svenska Journalistförbundet Kararı (17.06.1998, 174/95)

http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf (Erişim Tarihi:09.08.2014)

http: //curia.europa.eu /juris/document/ document_print. jsf?doclang= EN&docid=152065 Google Spain SL, Google Inc.v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), , C-131/12, 13 May 2014 (Erişim Tarihi:13.08.2015)

http://www.diken.com.tr/dikenin-suruc-saldirisina-iliskin-uc-haberine-erisim-engeli-getirildi/ (Erişim Tarihi: 22.7.2015)

http://www.diken.com.tr/noktanin-erdogan-selfieli-kapagini-basan-diken-dahil-bircok-haber-sitesine-engelleme/ (Erişim Tarihi: 17.09.2015)

http://www.durustv.com/haber/6354/twitter-fuat-avninin-kapatilmasina-itiraz-edecegiz (Erişim Tarihi:07.08.2014)

http://www.eumedus.com/index.php/media-literacy-network/organizations?pid=1550&sid=2885:Federal-Department-for-Media-Harmful-to-Young-Person (Erişim Tarihi: 15.07.2014)

. http: //ekonomi. haberturk.com/teknoloji/haber/630812-internetime-dokunma (Erişim Tarihi: 03. 01. 2012)

http://engelliweb.com/ (Erişim Tarihi:28.08.2015)

http://engelliweb.com/istatistikler/ (Erişim Tarihi: 06.10.2015)

http://engelliweb.com/kategoriler/ (Erişim Tarihi:17.09.2015)

https://www.esb.org.tr/amaci-yapisi (Erişim Tarihi: 02.09.2015)

https://www.esb.org.tr/?q=basin-aciklama (Erişim Tarihi: 22.7.2015)

https://www.esb.org.tr/birimler-gorevleri (Erişim Tarihi: 02.09.2015)

https://www.esb.org.tr/sites/default/files/tuzuk.pdf (Erişim Tarihi: 02.09.2015)

https://www.esb.org.tr/hukuk-birimi (Erişim Tarihi: 02.09.2015)

http://etha.com.tr/ (Erişim Tarihi:28.08.2015)

http://www.etimolojiturkce.com/kelime/ki%C5%9Fi (Erişim Tarihi:08.11.2014)

http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20%C5%9EARTI.pdf (Erişim Tarihi:04.08.2014)

http://www.europarl.europa.eu/RegData/PDF/r1049_en.pdf (Regulation EC No:1049/2001) (Erişim Tarihi:11.08.2014)

http://www.fcc.gov/ (Erişim Tarihi:16.07.2014)

https://www.fcc.gov/encyclopedia/obscenity-indecency-and-profanity (Erişim Tarihi: 05.08.2015)

http://www.fcc.gov/guides/childrens-internet-protection-act (Erişim Tarihi:16.07.2014)

https://www.fcc.gov/leadership (Erişim Tarihi: 05.08.2015)

https://www.fcc.gov/open-meetings (Erişim Tarihi: 05.08.2015)

https://www.fcc.gov/openinternet (Erişim Tarihi: 05.08.2015)

https://freedomhouse.org/sites/default/files/Global%20and%20Regional%20Press%20Freedom%20Rankings.pdf (Erişim Tarihi:02.04.2015)

http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/notes/ (Erişim tarihi:16.07.2014)

http://www.google.com/transparencyreport/removals /government/countries/) (Erişim Tarihi:16.07.2014)

http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/data/?hl=tr (Erişim Tarihi:01.09.2015)

http://www.gazetevatan.com/-temizlik--basliyor--642523-gundem/ (Erişim Tarihi:03.07.2014)

http://haber.gazetevatan.com/google-sansuru-bitirecek/608261/1/gundem (Erişim Tarihi:12.02.2014)

http://www.haberler.com/charlie-hebdo-dergisinin-kapagina-erisim-yasagi-6867408-haberi/ (Erişim Tarihi:14.09.2015)

http://haber.sol.org.tr/turkiye/mahkemeden-sumeyye-erdogana-evlenme-teklifi-karari-238-siteye-erisim-engellendi-127671 (Erişim Tarihi: 31.08.2015)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22baskaya%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22respondent%22:[%

22TUR%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]} Case of Baskaya and Okcuoglu v. Turkey , (Başkaya ve Okçuoğlu-Türkiye Kararı) Türkçe Sürüm, (Erişim Tarihi: 30.07.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Castells%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57772%22]} Case of Castells v. Spain (Erişim Tarihi:30.09.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Pravoye%20Delo%20and%20shtekel%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-104685%22]} Case of Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine (Erişim Tarihi:13.02.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141253 Case of Gerger v. Turkey (Türkçe Sürüm) (Erişim Tarihi:06.11.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Handyside%22],%22itemid%22:[%22001-57499%22]} Case of Handyside v. United Kingdom (Erişim Tarihi: 31.08.2013)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22harrup%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58365%22]} Case Of Hashman and Harrup v. United Kingdom (Erişim Tarihi: 03.02.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22display%22:[%220%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%222872/02%22],%22documentcollectionid2%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-116731%22]} K.U/Finlandiya Kararı (Türkçe Metin) (Erişim Tarihi:05.11.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Lingens%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57523%22]} Case of Lingens v. Austria (Erişim Tarihi:30.09.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Muller%22],%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57487%22]} Case of Muller v. Switzerland (Erişim Tarihi: 04.02.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Oberschlick%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%2

2,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57716%22]} Case of Oberschlick v. Austria (Erişim Tarihi:30.09.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Olsson%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57548%22]} Case of Olsson v. Sweden (Erişim Tarihi: 07.11.2013)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22The%20Observer%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57705%22]} Case of The Observer and Guardian v. United Kingdom (Erişim Tarihi:07.11.2013)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Silver%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57577%22]} Case of Silver and Others v. United Kingdom (Erişim Tarihi: 07.11.2013)

http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22R%20v%20Perrin%22],%22documentcollectionid2%22:[%22DECISIONS%22],%22itemid%22:[%22001-70899%22]} Decision of Stephane Laurent PERRIN against the United Kingdom (18.10.2005 T ve 5446/03) (Erişim Tarihi: 7.8.2015)

http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22display%22:[%220%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2264569/09%22],%22itemid%22:[%22001-157287%22]}(Delfi AS- Estonya Davası, Büyük Daire, 16 Haziran 2015, Başvuru no. 64569/09), Türkçe Sürüm (Erişim Tarihi:03.09.2015)

http://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-9493%22]} Akdeniz-Türkiye Kabul Edilemezlik Kararı, İngilizce özet, (Erişim Tarihi:06.08.2015)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22Sunday%20Times%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57584%22]} Case of Sunday Times v United Kingdom (Erişim Tarihi: 07.11.2013)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%2226682/95%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-141273%22]} Case of Surek v. Turkey (Sürek-Türkiye Kararı) (No:1) (Türkçe sürüm, pdf) (Erişim Tarihi:30.09.2014)

http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22display%22:[%220%22],%22languageisocode%22:[%22TUR%22],%22appno%22:[%223002/03%22,%2223676/03%22],%22documentcollectionid2%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-111150%22]} Case of Times Newspapers Ltd

(No. 1 ve 2) v. The United Kingdom (Türkçe Sürüm) (Erişim Tarihi:05.11.2014)

https://www.humanrights.gov.au/publications/background-paper-human-rights-cyberspace/8-right-access-internet (Erişim Tarihi: 06.10.2015)

http: //www.hurriyet.com. tr/teknoloji/17792342. asp *"Binlerce Kişi Sokakta"* başlıklı haber (Erişim Tarihi: 03. 01. 2012)

http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/26098756.asp (Erişim Tarihi:11.04.2014)

http://www.hurriyet.com.tr/gundem/27650479.asp (26.11.2014)

http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Duyurular/genelgeler-kitapcigi.pdf Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanlığı'nın 18.10.2011 T., B.03.1.HSK.0.70.12.04-010.06.02-117-2011 sayı ve 26 numaralı Genelgesi (Kitapçık, s.303) (Erişim Tarihi:15.05.2014)

http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=719 (Zana-Türkiye Kararı, Türkçe Geniş Özet) (Erişim Tarihi:07.11.2013)

https://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=66 (Silver-İngiltere Kararı, Türkçe Geniş Özeti) (Erişim Tarihi: 07.11.2013)

https://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=48 Dudgeon-İngiltere Kararı, Türkçe Özet, (Erişim Tarihi: 24.02.2012)

https://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=112 Lingens-Avusturya Kararı, Türkçe Özeti (Erişim Tarihi:07.11.2014)

http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25 Handyside-İngiltere Kararı, Türkçe Özet (Erişim tarihi:07.08.2015)

https://ihami.anadolu. edu.tr/ aihmgoster.Asp ? id=156Olsson-İsveç Kararı, Türkçe Türkçe Özeti (Erişim Tarihi:07.11.2014)

http://www.ihop.org.tr/dosya/sozlesme/ (Erişim Tarihi:01.02.2014)

http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/ahmetyildirim.pdf (Erişim Tarihi: 01.08.2013)

http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/nurradyo.pdf (Erişim Tarihi: 04.12.2013)

http://www.internetlawturkey.com/?p=44 *"Anonimlik Herkes için Bir Hak Mıdır?",* Makale (Erişim Tarihi: 08.09.2015)

http://www.insanhaklariortakplatformu.info/wp-content/uploads/2010/04/Urper-Turkiye-20Ekim2009_TR.pdf (Ürper vd Türkiye Kararı) (Erişim Tarihi: 24.8.2015)

http://www.insanhaklariortakplatformu.info/wp-content/uploads/2010/04/Taner_Akcam-Turkiye-2011.pdf (Altuğ Taner Akçam-Türkiye (27520/07) Kararı, 4.10.2011, Çev: Metin Çulhaoğlu) (Erişim Tarihi: 7.8.2015)

http: //internetimedokunma.com/ (Erişim Tarihi: 03. 01. 2012)

http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#184 (Erişim Tarihi: 15.07.2014)

https://www.iwf.org.uk/ (Erişim Tarihi:16.07.2014)

https://www.iwf.org.uk/about-iwf/remit-vision-and-mission (Erişim Tarihi:16.07.2014)

https://www.iwf.org.uk/members (Erişim Tarihi:02.09.2015)

https://www.iwf.org.uk/members/current-members (Erişim Tarihi:02.09.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a34330a1-f933-4562-9605-66c572f1daa6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 28.1.1964 T., 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi: 29.07.2014)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/aedb2e70-8aca-4e7e-a050-d4e56bc628e0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 7.6.1973 T., 1973/12 E., 1973/24 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi:25.08.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/0684c506-94da-462f-a2a3-d6545fd1f6a7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 25.04.1974 T., 1973/41 E., 1974/13 K sayılı kararı) (Erişim Tarihi:25.08.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a4d6154f-629c-4f0f-b674-57f2f47555f6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 22.10.1976 T, 1976/27 E., 1976/51 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi:25.08.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 19.04.1988 T., 1987/16 E., 1988/8 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:15.03.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/58b662b9-53d1-42f5-b1ab-1ff2c70500c8?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 19.05.1990 T., 1989/9 E., 1990/8 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:15.03.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e17f7052-45cc-4b4b-9c34-a46e795e5724?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 28.5.1995 T., 1994/71 E., 1995/23 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:15.03.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ef564832-dfba-4acd-b46d-f8aad3846b73?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 2011/64 E., 2012/168 K. sayılı kararı) (Erişim Tarihi: 04.09.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8a9c9ba2-b43e-48b7-9283-40dade21b8a4?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 2.10.2014 T.,2014/149 E., 2014/151 K. Sayılı kararı (Erişim Tarihi: 09.03.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9a5daabd-e182-47c4-a335-f29f272ec46c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (AYM'nin 14.01.2015 T., 2014/164 E., 2015/12 K sayılı kararı) (Erişim Tarihi:03.09.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2ac967f2-4742-4d86-9ba8-dd2282da4b6f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 1.4.2015 T., 2014/118 E., 2015/35 K sayılı kararı (Erişim Tarihi: 08.08.2015)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/a412701c-4ef6-4bc3-9f61-c3afae727165?wordsOnly=False AYM'nin 23.01.2014 T., 2013/2602 B. sayılı kararı (Erişim Tarihi:15.03.2014)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False AYM'nin 02.04.2014 T., 2014/3986 B. numaralı kararı (Erişim Tarihi:16.04.2014)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False (AYM'nin 29.05.2014 T., 2014/4705 B. Sayılı kararı) (Erişim Tarihi:17.06.2014)

http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731?excludeGerekce=False&wordsOnly=False AYM'nin 11.6.2009 T., 2007/115 E., 2009/80 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:12.08.2015)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Danıştay 12'nci Dairesi'nin 22.02.2006 T., 2004/4382 E., 2006/539 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:15.03.2015)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Danıştay İDDGK'nun 01.04.2013 T., 2009/1637 E., 2013/1160 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:27.02.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Danıştay İDDGK'nun 03.10. 1996 T., 1996/79 E., 1996/83 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:15.03.2015)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Danıştay 13'üncü D., 23.11.2007 T., 2007/7054 E., 2007/7684 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:26.02.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 4'üncü HD'nin 30.09.2014 T., 2013/ 18163 E., 2014/12640 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 05.09.2015)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 4'üncü HD'nin, 08.02.2001 T., 2001/755 E.,2001/1157 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:24.09.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay HGK'nun 07.07.2010 T., 2010/4-377 E., 2010/365 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 21.02.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris. htm Yargıtay 4'üncü HD'nin 15.09.2009 T., 2009/8517 E. , 2009/9921 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:13.06.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 4'üncü HD'nin, 16.6.1975 T., 1975/3743 E., 1975/7667 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:18.04.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris. htm Yargıtay 4'üncü HD'nin 13.06.2012 T. , 2012/6581 E. , 2012/10331 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 21. 01. 2013)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 8.CD, 22.06.2004 T., 2003/2930 E., 2004/5686 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:27.02.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm
Yargıtay 8'inci CD'nin 3.4.1985 T., 1985/872 E., 1985/1682 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi:27.02.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 14'üncü CD'nin 26.2.2014 T., 2012/8700 E., 2014/2393 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:10.8.2015)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 5'inci CD'nin 17.3.2011 T., 2008/11111 E., 2011/ 2082 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:10.8.2015)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay 5'inci CD'nin 7.12.2009 T., 2009/5183 E., 2009/13645 K sayılı kararı (Erişim Tarihi:10.8.2015)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay CGK'nun, 24.02.1998 T., 1997/4-386 E., 1997/52 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 27.02.2014)

http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm Yargıtay CGK'nun, 30.04.2002 T., 2002/4-108 E., 2002/235 K. sayılı kararı (Erişim Tarihi: 27.02.2014)

http //kimburda.com/ (Erişim Tarihi:11.01.2012)

http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/colinvsmith.html Frank Collin and the National Socialist Party of America Kararı (Erişim Tarihi: 23.12.2013)

http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/341/494 Dennis v. US Kararı (1951) (Erişim Tarihi:21.12.2013)

http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/204/1181/2429263/ (United States v. Deaton Kararı , 204 F. Supp. 2d 1181, (22 May 2002) (Erişim Tarihi:8.8.2015)

http://www.legalisplatform.net/hukuk_metinleri/Ihtisas%20Mahkemeleri.pdf Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 10.05.2005 T., B0PER0000001/04-12 Sayılı Genelgesi (Erişim Tarihi:15.05.2014)

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/section/3 (Erişim Tarihi: 17.07.2014)

http://www.memurlar.net/haber/439135/ (Erişim Tarihi:25.04.2014)

http: //www.milliyet.com. tr/blogger-a-erisim engeli/turkiye/sondakika/01. 03. 2011/1358576/default. htm (Erişim Tarihi: 05. 01. 2012)

http://www.milliyet.com.tr/twitter-a-neden-girilmiyor--teknoloji-2091008/ (Erişim Tarihi: 22.7.2015)

http://www.milliyet.com.tr/escinsel-evlilik-engelleri-gundem-2081969/ (Erişim Tarihi:10.8.2015)

http://www.msxlabs.org/forum/x-sozluk/81315-intranet-nedir.html (Erişim Tarihi:13.9.2013)

http://nayn.co/her-4-twitter-sansur-talebinden-3u-turkiyeden/ (Erişim Tarihi: 31.08.2015)

http://www.nedirnedemek.com/%C3%B6r%C3%BCtba%C4%9F-nedir%C3%B6r%C3%BCtba%C4%9F-ne-demek (Erişim Tarihi:15.07.2013)

http://www.noktadergisi.com.tr/ (Erişim Tarihi: 17.09.2015)

http://www.ntvmsnbc.com/id/25406518/ *"İnternette Porno Kısıtlaması Rağbet Görmedi"*başlıklı haber (Erişim Tarihi: 19. 12. 2012)

http://www.ntvmsnbc.com/id/25407057/ *"AİHM'den Ankara'ya Google cezası"* başlıklı haber. (Erişim Tarihi: 21. 12. 2012)

http://www.odatv.com/n.php?n=dunyaca-unlu-site-kapatildi-0901141200 (Erişim Tarihi:10.03.2014)

http://www.odatv.com/n.php?n=yasaklar-uproxy-sistemiyle-delinecek-1003141200 (Erişim Tarihi: 10.03.2014)

http://www.odatv.com/n.php?n=tek-bir-sartla-internete-sansur-uygulanacak-1501141200 (Erişim Tarihi: 10.03.2014)

http://odatv.com/n.php?n=fuatavniden-sonra-akpnin-twitter-fenomenine-de-yasak-1808141200 (Erişim Tarihi:19.08.2014)

http://odatv.com/n.php?n=basbakan-istedi-diye-Twitter-kapatilamaz-1003141200 (Erişim Tarihi:10.03.2014)

https://opennet.net/research/profiles/germany (Erişim Tarihi:16.07.2014)

https://opennet.net/research/profiles/italy (Erişim Tarihi:16.07.2014)

https://opennet.net/research/profiles/united-kingdom (Erişim Tarihi: 16.07.2014)

http://www.paulgraham.com/web20.html (Erişim Tarihi:04.08.2015)

https://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Communications_Decency_Act.html (Erişim Tarihi:15.07.2014)

http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1549 (Erişim Tarihi: 27.08.2015)

http://privacy.cyber-rights.org.tr/?p=1484 (Erişim Tarihi:19.09.2015)

http: //www.radikal.com. tr/Default. aspx?aType= HaberYazdir&ArticleID= 1048329 (Erişim Tarihi: 03. 01. 2012)

http://www.radikal.com.tr/politika/basbakan_erdogandan_onemli_aciklamalar-1179966 (Erişim Tarihi: 10.03.2014)

http: //www.radikal.com. tr/Radikal. aspx?a Type= RadikalYazar&ArticleID= 1110642&Yazar=M. -SERDAR-KUZULOGLU&CategoryID=41 Radikal Gazetesi-"Devletler İnterneti Sahipsiz Bırakmayacak" başlıklı haber, (Erişim Tarihi: 19. 12. 2012)

http://www.radikal.com.tr/Default.aspx?aType=HaberYazdir&ArticleID=1048329 (Erişim Tarihi: 03.01.2012)

http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513.htm (Erişim Tarihi:19.08.2014)

http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/02/20140219.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/02/20140219.htm (Erişim Tarihi:21.10.2014)

http://rsf.org/index2014/en-index2014.php (Erişim Tarihi:13.02.2014)

http://sansur.nedir.com/#ixzz2pblj6SoN (Erişim Tarihi: 06.01.2014)

http://www.sayilikanun.com/6362-sayili-sermaye-piyasasi-kanununun-gerekcesi-ve-komisyon-raporu/ (Erişim Tarihi: 30.04.2014)

http://www.samanyoluhaber.com/gundem/Fuat-Avni-hesabi-Turkiyede-yasaklandi/1057949/ (Erişim Tarihi:07.08.2014)

http://www.samanyoluhaber.com/teknoloji/Turkiye-internet-ozgurlugunde-de-sondan-birinci-oldu/1068032/ (Erişim Tarihi:07.03.2015)

http://www.samanyoluhaber.com/gundem/Erdogan-Twitter-mwitter-hepsinin-kokunu-kaziyacagiz/1044585/ (Erişim Tarihi:03.07.2014).

http://sendika1.org/2015/07/sendika-tvye-de-erisim-engellendi-sansuru-delelim-sansurekarsisendikaorg/ (Erişim Tarihi: 28.08.2015)

http://sendika1.org/2015/07/sendika-tvye-de-erisim-engellendi-sansuru-delelim-sansurekarsisendikaorg/ (Erişim Tarihi: 28.08.2015)

http://sendika1.org/2015/09/dihaya-17-kez-erisim-engeli/ (Erişim tarihi:17.09.2015)

http://sozcu.com.tr/2013/ekonomi/sosyal-medyaya-ceza-geliyor.html (Erişim Tarihi:10.07.2013)

http://sozcu.com.tr/2013/gunun-icinden/turkiyede-internetin-fisi-cekildi.html (Erişim Tarihi:01.06.2013)

http://sozcu.com.tr/2014/gundem/aymden-beklenen-youtube-karari-520343/ (Erişim Tarihi:30.05.2014)

http://sozcu.com.tr/2013/teknoloji/yasakli-sitelere-giris-yolu-kapandi-423020/

(Erişim Tarihi:03.07.2014)

http://www.sozcu.com.tr/2015/teknoloji/yeni-binaya-internet-zorunlulugu-geliyor-764501/ (Erişim Tarihi:17.03.2015)

http://www.sozcu.com.tr/2015/gundem/iste-erisime-engellenen-siteler-890372/ (Erişim Tarihi: 22.7.2015)

http://www.statjus.com/2014/06/avrupa-adalet-divaninin-unutulma-hakki-karari-ve-bu-hakkin-kapsami/ (Erişim Tarihi:09.08.2014)

http://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/405/ (Spence v. Washington Kararı (1974) (Erişim Tarihi: 24.12.2013)

http://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/367/case.html (O'Brian v. US Kararı-1968) (Erişim Tarihi: 24.12.2013)

http://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html (New York Times v. Sullivan Kararı-1964) (Erişim Tarihi:24.12.2013)

http://supreme.justia.com/cases/federal/us/361/147/ (Smith v. California Kararı-1959) (Erişim Tarihi:24.12.2013)

http://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/536/case.html (Cox v. Louisiana Kararı:379-1965) (Erişim Tarihi: 13.02.2014)

https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/713/case.html New York Times Co-US, (30.06.1971,403 U.S, 713) (Erişim Tarihi:28.08.2015)

http://t24.com.tr/haber/cumhuriyetin-jandarma-o-tirlarda-silah-var-dedi-haberine-erisim-yasagi,299483 (Erişim Tarihi:11.08.2015)

http://t24.com.tr/haber/charlie-hebdonun-kapagini-yayimlayan-sitelere-erisim-yasagi,283726 (Erişim Tarihi: 14.09.2015)

http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4867.html (Erişim Tarihi:01.02.2014)

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=4868 (Erişim Tarihi:01.02.2014)

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (Erişim Tarihi:06.10.2015)

https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1914.pdf (Erişim Tarihi:10.08.2015)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.52bae906ebf6b6.73917959 (Erişim Tarihi:25.12.2013)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.52bae9fe7d3c92.21466065 (Erişim Tarihi:25.12.2013)

http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=%F6zel+hayat&ne=a (Erişim Tarihi:09.04.2014)

http://www.teknokulis.com/Haberler/Guncel/2011/03/01/blogspota_erisim_tekrar_engellendi (Erişim Tarihi:16.03.2014)

http://today.law.harvard.edu/when-forgetting-isnt-best-zittrain-discusses-the-right-to-be-forgotten/ (Erişim Tarihi:03.09.2015)

https://transparency.twitter.com/removal-requests/2015/jan-jun (Erişim Tarihi: 13.08.2015)

http://www.vitaminegitim.com/ (Erişim Tarihi: 14.01.2014)

http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=20909 (Erişim Tarihi: 19.04.2012)

https://www.turkiye.gov.tr/hizmetler (Erişim Tarihi:17.03.2013)

http://uscivilliberties.org/cases/4724-yates-v-united-states-354-us-298-1957.html (Yates v. US Kararı) (Erişim Tarihi: 23.12.2013)

http: //www.webrazzi.com/2011/04/29/tib-btk-aciklama/ (Erişim Tarihi: 14. 12. 2012)

https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=37031 (Erişim Tarihi:03.03.2014)

https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2184807 (Erişim Tarihi:04.08.2014)

https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1883671 (Erişim Tarihi:04.04.2015)

http://www.yurtgazetesi.com.tr/dunya/internet-kapatilabilir-mi-yetki-kimde-h50484.html (Erişim Tarihi:03.07.2014)

http://www.yurtgazetesi.com.tr/gundem/baransudan-adliyede-bekleme-eylemi-h46390.html (Erişim Tarihi: 10.03.2014)

ÖZGEÇMİŞ

1. Adı Soyadı **:** Şaban Cankat TAŞKIN

İletişim Bilgileri

Adres **:** Gazcılar Cad. Petek Bozkaya İşhanı A Blok K: D:316-BURSA

Telefon **:** (0224) 256 66 33

Mail **:** sctaskin@gmail.com

2. Doğum Tarihi **:** 15.06.1980

3. Unvanı **:** Avukat

4. Öğrenim Durumu **:**

Derece	**Alan**	**Üniversite**	**Yıl**
Lisans	HUKUK	MARMARA ÜNİVERSİTESİ	2002
Yüksek Lisans	KAMU HUKUKU	MARMARA ÜNİVERSİTESİ	2008
Doktora	KAMU HUKUKU	KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ	2015

5. Akademik Unvanlar

Doktora **:** 2015, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (İnternete Erişim Yasakları ve Hukuka Aykırılıklar)

Yüksek Lisans: 2008, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları)

6. Yayınlar

6.1. Kitaplar

- Bilişim Suçları, Beta Yayınları, İstanbul 2008

6.2. Makaleler

- "Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri" **Bursa Barosu Dergisi**, Sayı: 90 (Ocak-Şubat-Mart 2011), sayfa 67-89

- "(1982 Anayasası'nda) Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu" , **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 92 (Ocak-Şubat 2011), s.384-418

- "2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yapılanması, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 97 (Kasım-Aralık 2011), s.171-231

- "Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu" , **Türkiye Barolar Birliği Dergisi** Sayı: 90 (Eylül-Ekim 2010), s.213-247

- "2007 Anayasa Değişiklikleri" (2007 yılında yapılan Anayasa değişikliklerinin (cumhurbaşkanının halka seçtirtilmesi parlamenter sisteme olan etkileri), **Bursa Barosu Dergisi,** Sayı: 89 (Temmuz-Ağustos-Eylül 2010) s. 69-93

- "Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 85, (Kasım-Aralık 2009) s. 332-372

- "Baz İstasyonlarında Hukuki Süreç", **Bursa Barosu Dergisi**, Sayı: 87 (Ekim-Kasım-Aralık 2009) s. 9-20

- "İletişimin Denetlenmesi ve Gizli Dinleme", **Bursa Barosu Dergisi,** Sayı: 84, (Eylül 2008), s.33-52

- "Siyasi Partilerin Kapatılması" , **Bursa Barosu Dergisi,** Sayı: 84, (Eylül 2008), s.9-22

- **"**Kasten ihmali Davranışla Adam Öldürme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 79, (Kasım-Aralık 2008), s.141-198)

- **"**İdari Yargının Güncel Sorunları"**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi** Sayı: 71 (Temmuz-Ağustos 2007, s.300-339)

- "Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları ile Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 69, (Kasım Aralık 2007), s. 289-309

- "Anayasa Mahkemesi'nin Yürürlüğün (Uygulamanın) Durdurulması Kararları ve Yasama Organının Hukuka Aykırı İşlemlerden Doğan Sorumluluğu" , **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 73, (Kasım-Aralık 2007), s. 289-309

- "Terörle Mücadele Yasa Tasarısının Değerlendirilmesi ve Tasarıya Farklı Bir Bakış", **Bursa Barosu Dergisi,** Sayı: 81 (Eylül 2006), s. 55-72

- "Tutuklamaya ve Tutukluluk Halinin Devamına İtiraz Kurumu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 66, (Eylül-Ekim 2006), s. 275-288

- "5236 Sayılı Kabahatler Yasası'nın Anayasa'ya ve Hukuka Aykırılık Açısından İncelenmesi" **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 61, (Kasım--Aralık 2005), s. 352-359

- "Yeni Türk Ceza Yasası'nın Anayasa'ya ve Hukuka Aykırılık Yönünden İncelenmesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 57, (Mart-Nisan 2005), s. 224-230

7. Ulusal hakemli dergilerde yayınlanan makaleler

- *"İdarenin Düzenleme Konusu Olarak İnternet ve İnternete Erişim Yasakları",* Makale, (Müslüm AKINCI/Ş.Cankat TAŞKIN), **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi** 16 (Özel Sayı I, Yıl: 2013): 151-165
- "Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi"**, Sayı: 99-100 (Kasım-Aralık 2012), sayfa 172-236
- "2010 Anayasa Değişikliklerinden Sonra Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yapılanması" **Türkiye Barolar Birliği Dergisi,** Sayı: 97, (KASIM-ARALIK 2011), s.171-230
- "Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi,** Sayı: 75-76. sayısında (Kasım-Aralık 2010), sayfa 168-196
- "Adli Para Cezası**", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi,** Sayı: 71-72 (Temmuz-Ağustos 2010), sayfa 53-99
- "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı**: 67-68, (Mart-Nisan 2010), sayfa 77-110
- "İdari Yargıda Menfaat İlkesinde Yaşanan Sorunlar", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi,** Sayı: 65-66, (Ocak-Şubat 2010), s.39-80
- "Arama Yönetmeliği madde 27**", Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi**, Yıl:4, Sayı:11, Yaz: 2007, s. 171-197)

7.1. Ulusal bilimsel toplantılarda sunulan bildiri kitabında basılan bildiriler

- "Elektromanyetik Alanların Yönetimi ve Hukuksal Düzenlemeler", (Bildiri),Çevre ve Halk Sağlığı İçin EMANET 2013 Sempozyumu, 8- 9 Kasım 2013, Kitapçık, s.223-228

- "Elektromanyetik Alanların Yönetimi ve Hukuksal Düzenlemeler", (Bildiri),Çevre ve Halk Sağlığı İçin EMANET 2011 Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Kitapçık, s. 172-181
- "NBŞ Üretici Firmasıyla Mücadele", (Bildiri), GDO ve Yapay Tatlandırıcılar-Sağlığa ve Çevreye Zararları-Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, 2011, s. 164-172