



BASIN BÜLTENİ

4 Mart 2011
TS/BAS-BÜL/11-23

“Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler” Raporu

Özet Bulgular

“Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler” isimli bu çalışma TÜSİAD Teknoloji, Inovasyon ve Bilgi Toplumu Komisyonu altında faaliyet gösteren Bilişim ve Telekomünikasyon Çalışma Grubu’nun çalışmaları çerçevesinde, TÜSİAD-TBV ortak yayını olarak, Av. Dr. Murat Volkan Dülger ve Av. Yasin Beceni tarafından hazırlanmıştır. Av. Nilay Erdem, Av. Batu Kınıkoğlu ve Nazlı Pınar Taşkiran raporun kaleme alınmasına katkı sağlamışlardır.

Çalışmanın hazırlık sürecinde, 13 Mayıs 2010 tarihinde yazarların yanı sıra Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Prof. Dr. Serap Helvacı, Prof. Dr. Adem Sözüer, Doç. Dr. Tekin Memiş, Dr. Selman Dursun, Av. Fikret İlkiz ve Ar. Gör. Ömer Gedik’in katılımları ile bir çalıştay düzenlenmiştir. Söz konusu çalıştaydan sonra Prof. Dr. Serap Helvacı, Prof. Dr. Adem Sözüer, Doç. Dr. Tekin Memiş, Dr. Selman Dursun ve Ar. Gör. Ömer Gedik çalışmanın içerdiği konular hakkında görüşlerini yazılı olarak bildirmişlerdir. Çalıştayda ve çalıştay sonrasında iletilen görüşler ışığında rapor daha olgun bir hale getirilmiştir.

RAPORUN AMACI VE KAPSAMI: Rapor, Türkiye’de alınan yargı kararları çerçevesinde uygulanan internet sitelerine erişiminin engellenmesi konusunu hukuki incelemeye tabi tutmayı amaçlamaktadır.

Yapılan çalışmanın temel amacı Türkiye’de internet sitelerinin erişiminin engellenmesi noktasında verilen yargı kararlarına dayanak yapılan mevzuatı temel hukuki kurumlara uygunluğu bakımından yorumlamak; bu yorumun yargısal kararlara ne şekilde yansımaları gerektiği yolunda hukuki tespit ve değerlendirmelerde bulunmaktadır. Rapor, bu amaca uygun olarak internet sitelerinin erişiminin engellenmesi için alınan yargı kararlarında çoğu kez gözden kaçırılan temel hukuki ilkeleri, problematikler özelinde gün ışığına çıkartarak, temel hukuk disiplinleri çatısı altında erişimin engellenmesi kararlarına dayanak yapılan mevzuatı yorumlamaktadır.

Rapor'un, çalışmanın amacına yönelik olan söz konusu bakış açısı, işlenen konuların amaca dönük olarak sınırlandırılmasını da gerekli kılmaktadır. Bu nedenle raporda, erişimin engellenmesi konusunda yasal düzenleme önerisi, politika yaklaşımı ve bu konuda uluslararası uygulamaların ışığında atılması gereken adımlar konusunda açılımlar ve tavsiyeler getirilmemektedir. Rapor, hukukun temel ilke ve prensipleri ışığında erişimin engellenmesi kararlarıyla yaratılan iklime farklı bir bilimsel ve hukuki bakış açısıyla yaklaşmayı hedeflemektedir. Raporun ve çalışmanın yaratmak istediği etki; raporda ortaya konulan hukuka uygun ve bilimsel bakış açısının, erişimin engellenmesi kararlarına konu olabilecek ihlallerin yargı makamları tarafından değerlendirilmesinde bilimsel bir kaynak olarak dikkate alınmasının sağlanmasıdır.

ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

1982 Anayasası'nın 26/2. maddesi düşünce ve haberleri yaymak için kullanılan araçların (örneğin internetin) kullanılmasına ilişkin düzenleme yapmayı hak ve özgürlükleri sınırlama olarak görmemekte; bu araçları "yayım engelleme" yönünden kısıtlayan düzenlemeleri ise hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir durum olarak tanımlamaktadır:

"...Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz."

Yukarıdaki anayasa hükmü genel bir hukuki yorum tekniği olan "hükmün ters anlamı bakımından" (mefhum-u muhalif) yorumlandığında şöyle bir anayasa hükmü ortaya çıkmaktadır.

"...Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemesi durumunda düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması anlamına gelmektedir."

İfade özgürlüğünü de kapsayan temel hak ve özgürlükler, 1982 Anayasası ve uluslararası sözleşmelerin öngördüğü şartlar dahilinde sınırlandırılabilir. Sınırlandırma ölçütleri olarak da adlandırılan bu şartların eksenini iki ana grupta toplanmaktadır. Bu ölçütler bir yanda, hakkın kullanımının başka kişilerin haklarına zarar vermesini önlemeye, diğer yandan ise hukuk düzeni içinde toplumu oluşturan bireylerin yararlarını zedelememeye hizmet etmeye yönelmektedir. Bu sınırlama Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak gerçekleştirilmeli; sınırlamaya dayanak yapılan yasa maddesi aşağıda yer alan anayasal norma ve bu normun alındığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olarak yorumlanmalıdır.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Anayasa MADDE 13. – (Değişik: 3.10.2001–4709/2 md.) Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü kapsayan 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin haber, bilgi enformasyon ve düşünceleri alma, bunları iletip yayma hakkı güvence altına alınmıştır. İkinci fıkrası ile de bu özgürlüğün ne zaman, nasıl ve hangi koşullarda sınırlandırılabilirliği öngörülerek bu özgürlükler kullanılırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerekliliği ile suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması

amacıyla demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabileceği düzenlenmiştir.

5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”da öngörülen engelleme işlemleri de yasada sayılan katalog suçlar kapsamında gerçekleştirildiğinde ifade özgürlüğünün anılan koşullar bağlamında sınırlandırılması olarak değerlendirilerek bu konuda verilecek tedbir kararının sınırlandırma ölçütlerine uygun olduğu sonucuna varılabilecektir. Zira 5651 sayılı yasada düzenlenen erişimin engellenmesi tedbiri Anayasada belirtilen sınırlama nedenlerinden biri olan “suçların önlenmesine” yöneliktir.

Ancak bu noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus yasadaki bu sınırlamanın “ölçülülük” ilkesine uygun olup olmadığıdır. Bu açıdan ilgili maddedeki düzenlemeler incelendiğinde, erişimin engellenmesinin 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde sayılan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphenin bulunduğu yayınlarla sınırlı olarak yapılabilmesi, yayının bulunduğu sitenin bir bütün halinde erişime kapatılmasının öngörülmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla burada sitenin yayınlarının tümüyle engellenmesi öngörülmediğinden yasal düzenlemede ölçülülük ilkesinin gözetildiği söylenebilir.

Buna karşın uygulamada onlarca hatta binlerce yayın barındıran sitelerin tek bir yayındaki suç şüphesi sebebiyle bütünüyle erişime kapatılması her şeyden önce mevcut yasanın normatif düzenlemesine aykırıdır. Dolayısıyla bu uygulamanın Anayasadaki ölçülülük ilkesinden ziyade öncelikle yasanın düzenlemesine aykırı olduğu ifade edilmelidir. Bu nedenle erişimin engellenmesi kararının bir sitenin tamamına değil, sadece konusu suç oluşturduğundan şüphe edilen ilgili yayının erişimine engel koyacak biçimde, bununla sınırlı verilmesi gerekmektedir.

Belirli bir yayından ötürü siteye erişimin tamamen engellenmesi, uygulanan tedbiri tedbir olmaktan çıkarmakta ve bir yaptırım haline getirmektedir.

Ülkemizde 5651 sayılı Yasa dışında özellikle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ek madde 4’ün üçüncü ve dördüncü fıkralarına dayanarak da “erişimin engellenmesi kararı” verilebilmektedir. FSEK ek madde 4’ün (3). ve (4). fıkralarında açıkça “ilgili internet sitelerine kullanıcıların erişimin engellenmesi” kararı verileceği belirtilmemesine rağmen; uygulamada bu sonucu doğuran erişimin engellenmesi kararı veriliyor olmasının (ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuran yasa hükümlerinin dar yorumlanması gerektiğine dair¹ aykırı olarak, geniş bir şekilde yorumlanması) anayasal ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türkiye’de aynı zamanda kişilik haklarına saldırı nedeniyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 101-113. maddelerine dayanarak ihtiyati tedbir niteliğinde erişime engellenme kararı da verilebilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda ölçütleri belirleyen Anayasanın 13. maddesinin varlığı, yargıcın takdir yetkisinin bu ölçüde geniş olarak kullanılmasına da engeldir. Yargıcın takdir yetkisinin sınırları ve ölçütleri nettir ve “erişimin engellenmesi” kararı ile ilgili olarak, takdir yetkisi kullanılırken bu ölçütlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yargıca takdir yetkisi hukuk yargılaması içerisinde daha geniş bir biçimde geçerli olup; ceza yargılamasında ise yargıca daha sınırlı bir takdir yetkisi verildiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu sonuç

¹ AiHM’e göre, ifade özgürlüğü demokrasinin korunması açısından önem taşır. Bu nedenle de ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların “dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan ihtiyacın ikna edici bir biçimde ortaya konulması” gerekir. Bu durum, The Observer and Guardian v. İngiltere davasında (1991) açıkça belirtilmiştir. Aktaran: **Hasan Tahsin Fendoğlu**, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması A.Y. Md. 13”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı 19, Ankara, 2002, s. 137.

ve yukarıdaki tespitler özellikle herhangi bir yasal dayanağı olmayan “koruma tedbiri” niteliğindeki “erişimin engellenmesi” kararı veren ceza yargıçlarının, takdir yetkisine dayanarak bu kararları verdikleri iddiasının tartışılması bakımından da önemli bir dayanak noktası oluşturmaktadır.

TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

“Erişimin engellenmesi” kararlarının sonuçlarından etkilenen bireylerin aynı zamanda iç hukukumuzun da bir parçası olan uluslararası insan hak ve özgürlüklerine ilişkin normlardan kaynaklanan haklarını da ihlal etme noktasında değerlendirilmesi gerekmektedir. İfade özgürlüğü, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19'ncü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10'ncü maddesinde düzenlenmiş ve sınırları da bu maddelerde gösterilmiştir.

İfade ve düşünce özgürlüğü AİHS'nin 10. maddesinde belirtilmiştir ve bu özgürlük çeşidi içine haber ve bilgilere ulaşma hakkı ile bunları iletme, yayma hakları da girmektedir. Bu hak sınırlanabilirse de bu sınırların sınırları kuralları bulunmaktadır. “Demokratik toplum düzeni için gerekli olma” ölçütü ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını sınırlayıcı en önemli ölçüt olarak ortaya çıkmaktadır.

AİHS'in 17. maddesinde; “Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.” denilmektedir. Bu madde; anayasa hukuku, ceza ve ceza muhakemesi hukuku, hukuk muhakemeleri usulü hukukunda geçerli olan “*orantılılık-ölçülülük*” ilkelerinin teyididir.

Ülkemizde kişilerin kendilerine ait hakların ihlali nedeniyle talep etmeleri üzerine verilen “erişimi engelleme” kararları, sonuçları ile, demokratik toplum düzeni ve bu karardan etkilenen kişilerin bireysel hak ve özgürlükleri açısından çok ağır olan bir hukuki himaye vasıtasına dönüşmektedir.

AİHS’deki ifade özgürlüğüne ilişkin düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarıyla yorumlanarak açıklanmıştır. Buna göre; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin, mutlaka yasa ile öngörülmüş olması, bu müdahalelerin yasal bir amaca dayanması, demokratik bir toplumda gerekli ve yaptırımın da orantısız olması gerekmektedir.

Unutulmaması gereken bir konu da, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının, yalnızca düşüncelerini iletemeyen kişinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması değil, aynı zamanda ifadenin yöneleceği kişilerin de, bu ifadeye ulaşamadıklarından dolayı, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması olduğudur.

CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na ait Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporunda² ölçülülük ilkesi şu şekilde vurgulanmıştır:

“Hukuk devletinin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (oranlı) davranan devlet olmasıdır. Oranlılık ilkesi, hukuk devletine yargıç olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturur. Bu ilkeye göre, ceza muhakemesi hukuku işlemi yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal

² Esas No: 1/535, 1/292 Karar No: 65 1.12.2004

dahilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın (ölçünün) bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlılık (ölçülülük) ilkesi denir...”

İnternette erişimin engellenmesi, biri koruma tedbiri diğeri ise idari tedbir olmak üzere iki farklı tedbir şeklinde 5651 sayılı Yasanın 8. maddesinde düzenlenmektedir.

Bir ceza muhakemesi işlemi uygulayan makamın (yargıçların, savcılarının) ilgili yasada bu hususta açık yetkisi olmasına rağmen (Örn. 5651 sayılı Yasa m. 8’e dayanarak erişimin engellenmesi kararı verme), bu yetkisini “oranlılık” ölçütüne uygun olarak kullanması gereklidir.

Ceza yargılamasının önemli bir dayanağı olan ölçülülük ilkesi; birey yararı ile kamu yararının dengelenmesi anlamına gelmektedir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin bir kararında, “bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir: birey yararı toplum zararına kayırılırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuki barış tehlikeye düşer” (Yargıtay 4. C.D. 5.10.1994, 7351/7693) görüşüne yer verilmiştir.

Oranlılık ilkesi, 5651 sayılı Yasanın 8. maddesi yanında; bir ceza muhakemesi hukuku işlemi niteliğinde olan her türlü “erişimin engellenmesi” kararının verilmesi aşamasında uygulanması gereken temel bir hukuk ilkesidir. Bu ilkeye uyulmadan verilen kararların hukuka uygunluğu ve adaleti sağlama fonksiyonu tartışmalı hale gelecek, hukuk devletine ve “insan haklarına saygılı” devlete karşı bireylerin güveni örselenecektir.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, koruma tedbirleri bir amaç değil bir araçtır. Koruma tedbirleri doğaları gereği geçici tedbirlerdir ve amaçları maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu yüzden koruma tedbirlerinin bir ceza olarak değerlendirilmesi, ceza muhakemesi hukuku açısından son derece sakıncalıdır.

Koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükleri her an zedeleyebilecek konumda olması, bu tedbirlere başvurma koşullarının hukuk devleti ilkesine ve insan haklarına uygun olarak ele alınıp düzenlenmesini gerektirmektedir. Ceza muhakemesinde koruma tedbirlerine başvurulması, kaçınılmaz olarak anayasa ile güvence altına alınan birey hak ve özgürlüklerine müdahale sonucunu doğurmaktadır. Birey hak ve özgürlükleri, her ne kadar ceza muhakemesi amacı ile sınırlandırılabilir ise de (1982 Anayasası madde 19, f. 2), getirilen sınırlamalar “ölçülülük” ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, “hukuk devleti” olma niteliğinin (1982 Anayasası madde 2) gereği olarak insan haklarına dayanan ceza muhakemesinde de geçerli olan bir ilkedir.

Koruma tedbirleri muhakeme sonucu maddi gerçeğe ulaşılmasına yarayan araçlardır. Bir koruma tedbiri olarak düzenlenen internet ortamında yapılan yayınlara erişimin engellenmesinin, koruma tedbirlerine has özellikleri taşıyıp taşımadığı, verilecek kararın kağıt üzerinde kalmamasını ne derece sağladığı, ceza muhakemesinin yapılmasını sağlamak amacına ne derece hizmet ettiği tartışılmalıdır.

HUKUK USULÜ BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

İhtiyati tedbirde amaç, yargılama sonucunun yargılamaya başlanıldığı sırada ya da daha önce güvence altına alınmasıdır.

Medeni Kanun’un kişilik haklarını düzenleyen maddeleriyle ilişkili olarak ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK) ilgili hükümleri kapsamında verilen ihtiyati tedbir kararları neticesinde mahkemelerce erişimin engellenmesine hükmedilmektedir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'ne göre (E. 1975/3743,K. 1975/7667,T. 16.6.1975): “Tebdir önemli bir zararın meydana gelmesini önleyecek şekilde verilmelidir. Bir tarafın şahsi ihtiyacını karşılayıp pek çok insana zarar vermesi ihtimali bulunan bir konuda ihtiyati tebdir kararı verilmesi mümkün değildir.”

Kişilik haklarına saldırı gerekçesiyle “ihtiyati tebdir niteliğinde” verilen “erişimin engellenmesi kararları”nın; henüz varlığı, niteliği, etkisi, zararı kesin olmayan bir saldırı karşısında siteye Türkiye’den erişen tüm kullanıcıların haklarını kısıtladığı; bunun yanında, engellemenin yalnızca söz konusu içeriğe değil içeriği içinde barındıran sitenin tamamına yönelik olması nedeniyle de HUMK’da yer alan “tebdir kararının tehlike veya zararı önleyecek derecede olması” kuralına aykırı olduğu söylenebilir.

Hukuktaki “ölçülülük” ilkesi kullanılmadığı zaman, hukuk adına anayasal hak ihlaline varan sonuçların yaratılmasına neden olunmasının en çarpıcı örneği “ihtiyati tebdir” müessesesi kullanılarak verilen erişimin engellenmesi kararlarıdır.

KİŞİLİK HAKLARI BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

İnternet yoluyla işlenen kişilik hakkı ihlalleri ile ilgili ihtiyati tebdir yoluna gidilebilmekte iken 5651 sayılı Yasanın 9. maddesinde de konuyla ilgili düzenleme getirilmiş ve fakat yasanın yürürlüğü ile bundan böyle kişilik hakkı ihlalleri konusunda 9. maddenin yeknesak olarak uygulanacağı konusunda herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Bu nedenle uygulamada kişilik hakkı ihlalleri ile ilgili talepler yetkili hukuk mahkemelerinde ihtiyati tebdir yoluyla mı yoksa 5651 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca ceza mahkemelerinde mi ileri sürülecektir sorunu yaşanmaktadır.

Uygulamada yaşanan karışıklığın nedeni aynı değerdeki iki hukuk kuralının çatışmasından kaynaklanmaktadır. İnternet üzerindeki kişilik hakları ihlallerinde 5651 sayılı Yasa veya Medeni Kanun’un 24. ve devamı maddelerinin uygulanması, “özel-genel yasa”, “önceki-sonraki yasa” karşılaştırması ile belirlenebilir.

Bir görüşe göre; bu karşılaştırma biçiminin bir hukuk ilkesi niteliği kazanan kurallarına göre; her iki yasa da özel ya da genel nitelikte ise kural, yürürlüğe sonra giren yasanın uygulanması, eğer-yasalardan biri özel, diğeri de genel nitelikte ise kural, özel nitelikli olanın uygulanmasıdır. Önceki yasa genel nitelikte ve sonraki yasa özel nitelikte ise özel yasanın düzenlediği konularda, genel yasa üstü kapalı olarak ilga edilmiş sayılır.

Diğer bir görüşe göre ise; önce yürürlüğe giren düzenleme-sonra yürürlüğe giren düzenleme, genel yasa-özel yasa prensipleri çerçevesinde hangi yasanın uygulanacağı belirlenmemelidir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere sonra yürürlüğe giren ve özel nitelikte olan 5651 sayılı Yasanın uygulanması halinde birçok hakkın ihlal edilmesi söz konusu olacaktır.

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

Mevzuatımızda 5651 sayılı Yasa’dan başka erişimin engellenmesine dair özel bir hüküm içeren ikinci yasa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)’dur. Esasen söz konusu Yasadaki düzenleme, tarih itibarıyla 5651 sayılı Yasadan öncedir. FSEK Ek madde 4’e bakıldığında maddede internet ve

erişimin engellenmesi terimlerinin kullanılmadığı, süje olarak servis sağlayıcı ve bilgi içerik sağlayıcıdan söz edildiği görülmektedir. Bununla birlikte maddedeki dijital ileti mi de içeren işaret ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlar kavramına internet de dahil edilmekte, servis sağlayıcısının bilgi içerik sağlayıcısına verdiği hizmeti durdurması da erişimin engellenmesi olarak değerlendirilebilmektedir. Maddede ihlal halinde hizmetin doğrudan doğruya durdurulması yerine önce içerik sağlayıcıya başvuru koşulunun öngörülmesi dikkat çekicidir.

FSEK'deki düzenleme doğrudan internete ilişkin olmamakla birlikte, uygulamada internet yayınları için de uygulanmaktadır. Bu çerçevede yasadaki düzenleme internet yayınları açısından değerlendirildiğinde, her ne kadar içerik sağlayıcıdan yalnızca fıkri hak ihlaline konu eserin yayından çıkarılmasının talep edileceği öngörülmüşse de devamında hizmetin durdurulması bakımından bir sınırlama yapılmamıştır. Bu düzenleme internet dışındaki diğer araçlar açısından makul sayılabilirse de internet bakımından ölçülü olmayacaktır. Dolayısıyla erişimin engellenmesi yalnızca ihlal konusu eserin yayınlandığı sayfa ile sınırlı uygulanmalı sitenin tamamını kapsamamalıdır.

Hak ihlalinde içerik kaldırılmadığı takdirde hak ihlaline uğrayan mağdurun sadece bir iddiaya dayanarak Cumhuriyet Savcılığına başvurması ve servis sağlayıcısının yayınının kapatılması da yetkinin ne kadar geniş tanındığını göstermektedir. Hak ihlalinin olup olmadığı uzun tespitler sonucu elde edilmektedir. Bazı konularda bilirkişilere dahi ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer lke uygulamalarında olduğu gibi meslek birliklerinin devrede olması çok önemlidir.

Savcıya tanınan, bilgi içerik sağlayıcıya servis hizmetinin kesilmesi kararı verme yetkisi geniş ve başkaca önemli hukuki sonuçları olabilecek bir yetki olması sebebiyle yetkinin içeriği daha açık bir şekilde belirlenmelidir. Ayrıca tarafsız bir değerlendirme için yargıç güvencesinin aranması yerinde olacaktır.

SONUÇLAR

İnternet sitelerine bireylerin erişiminin engellenmesi kararları, Anayasa yargısına, ceza muhakemesi usulüne, hukuk usulü muhakemesine ya da Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı olabilir. Bu durumda verilen karar hukuka aykırı olacaktır. Verilen kararın hukuki niteliğine göre, nihai bir karar olması durumunda karara karşı temyiz yoluna, ihtiyati tedbir ya da koruma tedbiri kararı olması durumunda itiraz yoluna, iç hukukun tüketilmesi ve diğer şartların gerçekleşmesi durumunda ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulabilecektir.

Temyizin en önemli şartlarından biri, temyize ancak davanın taraflarının başvurabilmesidir. İnternet sitelerine erişimin engellenmesinde, hem içeriği erişime engellenen kişi, hem de o içeriğe ulaşamayan kullanıcıların özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Ancak hukukumuzdaki düzenlemeler, içeriğe ulaşamayan kullanıcıların davanın tarafı olmasına izin vermemektedir. Erişimin engellenmesinde ancak sunduğu içerik erişime engellenen kişi taraf olabilmekte, bu sebeple de temyiz yoluna ancak bu kişi ya da kişiler başvurabilmektedir.

Hukukumuz, lkemizin taraf olduğu sözleşmeler dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru için bazı ön şartlar bulunmaktadır. Bu n şartlardan biri de iç hukuk yollarının tüketilmesidir.

Ülkemizde, internet sitelerine erişimin engellenmesi kararları büyük oranda ihtiyati tedbir ya da koruma tedbiri kararı ile verilmektedir. İhtiyati tedbir ve koruma tedbiri kararları nihai karar değildirler ve bu kararlar açısından temyiz değil itiraz mekanizması söz konusu olmaktadır. Temyiz

gibi, ihtiyati tedbir ve koruma tedbiri kararlarına itiraz da ancak içeriği erişime engellenen kişi tarafından yapılabilmekte; kullanıcılar, temel hak ve özgürlükleri sınırlansa dahi, taraf olmadıkları için, ihtiyati tedbir ve koruma tedbiri kararlarına karşı itiraz edememektedirler.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, “Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir” hükmünü içermektedir.

İhtiyati tedbir kararına itiraz ise tedbir talebini vermiş olan mahkemeye, eğer itirazdan önce esas hakkında dava açılmış ise de davaya bakan mahkemeye yapılmaktadır. Mahkeme, itirazı haklı görerek ihtiyati tedbir kararını değiştirebilmekte, kaldırabilmekte ya da haksız görerek itirazın reddine karar verebilmektedir. Mahkemenin ihtiyati tedbirle ilgili verdiği bu kararlara karşı temyiz yoluna gidilememektedir.

Bu düzenleme ise itirazın yapılmasıyla iç hukuk yollarının tüketilmesi anlamına gelmekte ve AİHM’e başvuru için gerekli şartın oluşmasına yol açmaktadır. Bu başvuruların yapılması neticesinde ülkemiz aleyhine çıkması olası bulunan ihlal kararları ise hem ülkemizin insan hakları notunu olumsuz yönde etkilemekte hem de iç hukukumuzda kolaylıkla çözülebilecek sorunların yurt dışına taşınması suretiyle ülkemizin siyasi itibarını da olumsuz yönde etkilemektedir.

TÜSİAD BASIN BÜROSU

Meşrutiyet cad. No.46 Tepebaşı 34420 – İSTANBUL
Tel: (0212) 2491929 Faks: (0212) 2933783