



**TÜRKİYE'DE İNTERNET SİTELERİNİN
ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ
KONUSUNDA
FARKLI HUKUK DİSİPLİNLERİ
AÇISINDAN DEĞERLENDİRMELER**

Dr. Murat Volkan Dülger

Av. Yasin Beceni

Mart 2011

Yayın No: TÜSİAD-T/2011,03; 512

Meşrutiyet Caddesi, No. 46 34420 Tepebaşı/İstanbul
Telefon: (0212) 249 07 23 • Telefax: (0212) 249 13 50

© 2011, TÜSİAD

*Tüm hakları saklıdır. Bu eserin tamamı ya da bir bölümü,
4110 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı FSEK uyarınca,
kullanılmazdan önce hak sahibinden 52. Maddeye uygun
yazılı izin alınmadıkça, hiçbir şekil ve yöntemle işlenmek, çoğaltılmak,
çoğaltılmış nüshaları yayılmak, satılmak,
kiralananmak, ödünç verilmek, temsil edilmek, sunulmak,
telli/telsiz ya da başka teknik, sayısal ve/veya elektronik
yöntemlerle iletilmek suretiyle kullanılamaz.*

ISBN: 978-9944-405-68-3

Kapak Tasarım: Doğan Kumova

SİS MATBAACILIK PROM. TANITIM HİZ. TİC. LTD. ŞTİ.
Eğitim Mah. Poyraz Sok. No:1 D.63 Kadıköy - İSTANBUL
Tel: (0216) 450 46 38 Faks: (0216) 450 46 39

ÖNSÖZ

TÜSİAD, özel sektörü temsil eden sanayici ve işadamları tarafından 1971 yılında, Anayasamızın ve Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümlerine uygun olarak kurulmuş, kamu yararına çalışan bir dernek olup gönüllü bir sivil toplum örgütüdür.

TÜSİAD, insan hakları evrensel ilkelerinin, düşünce, inanç ve girişim özgürlüklerinin, laik hukuk devletinin, katılımcı demokrasi anlayışının, liberal ekonominin, rekabetçi piyasa ekonomisinin kurum ve kurallarının ve sürdürülebilir çevre dengesinin benimsendiği bir toplumsal düzenin oluşmasına ve gelişmesine katkı sağlamayı amaçlar. TÜSİAD, Atatürk'ün öngördüğü hedef ve ilkeler doğrultusunda, Türkiye'nin çağdaş uygarlık düzeyini yakalama ve aşma anlayışı içinde, kadın-erkek eşitliğini siyaset, ekonomi ve eğitim açısından gözeten iş insanlarının toplumun öncü ve girişimci bir grubu olduğu inancıyla, yukarıda sunulan ana gayenin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla çalışmalar gerçekleştirir.

TÜSİAD, kamu yararına çalışan Türk iş dünyasının temsil örgütü olarak, girişimcilerin evrensel iş ahlakı ilkelerine uygun faaliyet göstermesi yönünde çaba sarf eder; küreselleşme sürecinde Türk rekabet gücünün ve toplumsal refahın, istibdamın, verimliliğin, yenilikçilik kapasitesinin ve eğitimin kapsam ve kalitesinin sürekli artırılması yoluyla yükseltilmesini esas alır.

TÜSİAD, toplumsal barış ve uzlaşmanın sürdürüldüğü bir ortamda, ülkemizin ekonomik ve sosyal kalkınmasında bölgesel ve sektörel potansiyelleri en iyi şekilde değerlendirerek ulusal ekonomik politikaların oluşturulmasına katkıda bulunur. Türkiye'nin küresel rekabet düzeyinde tanıtımına katkıda bulunur, Avrupa Birliği (AB) üyeliği sürecini desteklemek üzere uluslararası siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel ilişki, iletişim, temsil ve işbirliği ağlarının geliştirilmesi için çalışmalar yapar. Uluslararası entegrasyonu ve etkileşimi, bölgesel ve yerel gelişmeyi hızlandırmak için araştırma yapar, görüş oluşturur, projeler geliştirir ve bu kapsamda etkinlikler düzenler.

TÜSİAD, Türk iş dünyası adına, bu çerçevede oluşan görüş ve önerilerini Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'ne, hükümete, diğer devletlere, uluslararası kuruluşlara ve kamuoyuna doğrudan ya da dolaylı olarak basın ve diğer araçlar aracılığı ile ileterek, yukarıdaki amaçlar doğrultusunda düşünce ve hareket birliği oluşturmayı hedefler.

TÜSİAD, misyonu doğrultusunda ve faaliyetleri çerçevesinde, ülke gündeminde bulunan konularla ilgili görüşlerini bilimsel çalışmalarla destekleyerek kamuoyuna duyurur ve bu görüşlerden hareketle kamuoyunda tartışma platformlarının oluşmasını sağlar.

Türkiye Bilişim Vakfı (TBV), 14 Nisan 1995 günü "Türkiye'yi Bilgi Toplumu" olarak görme ülküsünü gerçekleştirmek için 114 kurum ve 178 kişi üyesi tarafından kurulmuştur. Vakfın ana amacı; Türkiye'nin bilgi toplumuna dönüşebilmesi için altyapının oluşturulmasına katkıda bulunmak ve bilişim sektörünün ekonomideki payının arttırılması için, bilimsel araştırma ve geliştirme etkinliklerinde bulunarak, ekonomik ve sosyal çalışmalar yapmak, projeler üretmek ve uygulamalarını sağlamak için uğraş vermektir.

Bilgi toplumuna giden süreci hızlandırmayı öncelikli hedef olarak belirleyen TBV, bu hedefe yönelik pek çok çalışma gerçekleştirmiştir. TBV, globalleşme sürecinde, uluslararası rekabete dayanma gücüne kavuşmuş ve verimliliğin her alanda en üst düzeyde sağlandığı bir ülke olma yolundaki Türkiye'nin, tüm bu hayallerini gerçekleştirebilmesi için en gerekli unsurlardan biri olan bilişimi, tüm topluma yaygınlaştırmaya çalışmaktadır.

"Türkiye'de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler" isimli bu çalışma TÜSİAD Teknoloji, İnovasyon 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 çalışma, daha olgun bir hale getirilmiştir. Yazarlar, görüşlerini paylaşan katılımcılara teşekkür eder. Yazarlar ayrıca, proje başlangıcında TÜSİAD Bilişim ve Telekomünikasyon Çalışma Grubu'nun başkanlığını yürüten M. Saif Gözüüm'e ve daha sonra başkanlık görevini üstlenen C. Müjdat Altay'a, TÜSİAD Genel Sekreterlik ekibinden Ebru Dicle, Güneş Tavmen ve Yasemin Avcı'ya teşekkür eder.

Mart 2011

ÖZGEÇMİŞLER

Av. Dr. Murat Volkan Dülger

Murat Volkan Dülger, 2000 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra, 2004 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünden mezun olarak "Türk Ceza Hukuku'nda Bilişim Suçları" konulu çalışması ile yüksek lisans derecesini almıştır. Dülger aynı enstitüde yürüttüğü doktora çalışmasını 2010 yılında tamamlayarak "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar" konulu doktora tezi ile hukuk doktoru unvanını almıştır.

Dülger, 2001 yılından bu yana İstanbul Barosu'na kayıtlı olarak serbest avukatlık mesleğine devam etmekte olup çalışmalarını Ceza Hukuku, İnsan Hakları Hukuku ve Bilişim Hukuku alanlarında yoğunlaştırmıştır.

Murat Volkan Dülger, Türk Ceza Hukuku Derneği'nin ve İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Merkezi'nin üyesidir. Ayrıca TÜSİAD Teknoloji, İnovasyon ve Bilgi Toplumu Komisyonu bünyesinde faaliyet gösteren "Bilişim ve Telekomünikasyon" Çalışma Grubunda yer almakta ve "Bilişim Hukuku" alt çalışma grubunun başkanlığını yürütmektedir. Dülger, İstanbul Barosu CMK Seminerlerinde "Hukuka Aykırı Deliller ve Delil Yasakları" ile "Ceza Hukuku Genel Hükümler" derslerini vermektedir.

Murat Volkan Dülger, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Düşünce Özgürlüğü" isimli çalışmasıyla Aybay Hukuk Araştırmaları Vakfı tarafından düzenlenen "Kapani-Savcı İnsan Hakları İnceleme Ödülü" yarışmasında 2002 yılı ikincilik ödülünü almıştır. Dülger'in, çeşitli dergi ve armağanlarda yayınlanmış ceza hukuku, bilişim hukuku ve insan hakları hukuku disiplinleri ile ilgili çok sayıda makalesi ve "Bilişim Suçları" isimli bir de kitabı bulunmaktadır.

Av. Yasin Beceni (LL.M.)

1977 yılında Bursa'da doğdu. 2001 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı yıl Golden Gate, Kansas ve South Texas Üniversitelerinin ortaklaşa düzenledikleri uluslararası hukukla ilgili bir programı başarıyla tamamladı. 2005 yılında Ekonomi Hukuku Alanında Yüksek Lisans derecesi aldı.

Profesyonel olarak bilgi ve iletişim teknolojileri hukuku-politikası ve stratejileri üzerine serbest danışmanlık faaliyetlerini BTS & Partners'da (www.bts-legal.com) Yönetici Ortak sıfatıyla yürüten Av. Yasin Beceni, bu çatı altında dünyanın ve Türkiye'nin önde gelen bilgi ve iletişim teknolojileri, holding, finans ve yatırım şirketlerine danışmanlık hizmeti sunmakta, teknoloji-hukuk, uluslararası ticaret, Avrupa Birliği, Ar-Ge, inovasyon ve bilim-teknoloji politikası, bilgi toplumu ve ekonomisi, yönetim, e-devlet, bilgi özgürlüğü gibi alanlarda çeşitli makale, rapor, bildiri ve çeviriler yayınlamakta; konferans, eğitim, kongre, kitap, seminer, şura, panel, kanun komisyonu, atölye ve strateji çalışmaları gibi etkinliklere aktif olarak katkı sağlamaktadır.

Yasin Beceni, İstanbul Bilgi Üniversitesi'nde yarı zamanlı öğretim görevlisi olup; aynı üniversitenin sosyal bilimler enstitüsü ekonomi hukuku yüksek lisans programında "Bilgi ve İletişim Teknolojileri Hukuku, Politikaları ve Uygulamaları" dersi vermektedir. Beceni, teknoloji-hukuk ilişkisi bağlamında çeşitli sivil toplum kuruluşlarında, sermaye şirketlerinde ve akademik kurumlarda aktif olarak görev almakta ve danışmanlık yapmakta olup, Türkiye Bilişim Vakfı (TBV) ile Bilişim Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜBİSAD)'nin Baş Hukuk Danışmanı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji'nin Hukuku Enstitüsü Akademik Danışmanı, T.C. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İnternet Alan Adları Ulusal Koordinasyon Kurulu Yapı ve İşleyiş Kurulan Çalışma Grubu Başkanı, T.C. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Ulusal Elektronik İmza Koordinasyon Kurulu Hukuk Çalışma Grubu Başkan Yardımcısı, TÜSİAD Girişimcilik Çalışma Grubu Üyesi, Elektronik Ticaret Kanun Tasarısı Bilim Komisyonu Üyesi, T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Bilişimle İlgili Hükümlerine Yönelik İkincil Düzenlemelerin Hazırlanması Yönelik Kurulan Bilim Komisyonunun Başkan Yardımcısı, T.C. Ulaştırma Bakanlığı İnternet Kurulu'nun Üyesi'dir.

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ: KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE

RAPORUN AMACI.....10

BİRİNCİ BÖLÜM - ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ11

- 1.1. İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması mıdır?11
- 1.2. İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesini Düzenleyen veya Buna Dayanak Yapılan Yasa Normlarının Yaratılmasında ve Uygulanmasında Göz Önünde Bulundurulması Gereken Anayasal İlkeler Nelerdir ?12
- 1.3. İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Karar Veren Yargıçlar Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Noktasındaki Anayasal İlkeleri Ne Ölçüde Dikkate Almalı ve Uygulamalıdır ?15
- 1.4. İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesini Düzenleyen veya Buna Dayanak Yapılan Yasa Normlarının Yorumlanmasında Hakimin Takdir Yetkisi Hangi Ölçütlere Uygun Olarak Kullanılmalıdır ?19
- 1.5. Yargıçlar ve Savcılar Anayasal Hak ve Özgürlüğün Korunmasını Gerekeçle Göstererek İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Karar Verebilirler mi? Bu Konuda Hukuk Yargıçlarının Durumu ile Ceza Yargıçlarının ve Savcılarının Durumunun Değerlendirilmesi22

İKİNCİ BÖLÜM - TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ.....29

- 2.1. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmeler Bakımından İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Uygulanması Gerekliliği Olan İlkeler Nelerdir?29

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM - CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ37

- 3.1. Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olan "Koruma Tedbiri"
Hukuki Müessesesine Dayanılarak İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesine İlişkin Verilen Kararlarda Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Göz Önünde Bulundurulması Gereken İlke ve Esaslar Nelerdir ?37
- 3.2. Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olan "Koruma Tedbiri"
Müessesesinin Uygulanması Noktasında Dikkate Alınması Gereken Genel İlke ve Esaslar Nelerdir?40
- 3.3. Hakimler/Savcılar Yasayla Açıkça Yetki Verilmeyen Durumlarda "Koruma Tedbiri" Hukuki Müessesesine Dayanarak İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Kararı Verebilirler mi? Hakim/Savcı Kararı ile Yasada Düzenlenmeyen Bir "Koruma Tedbiri" Yaratılabilir mi?.....43

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM - HUKUK USULÜ BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ45

- 4.1. Hukuk Muhakemeleri Usulü İşlemi Olan "İhtiyati Tedbir"
Müessesesine Dayanılarak Kişilik Haklarına Saldırı Gerekçesiyle İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesine İlişkin Verilen Kararlarda Hukuk Usulü ve Kişilik Hakları Bakımından Göz Önünde Bulundurulması Gereken İlke ve Esaslar Nelerdir?45

BEŞİNCİ BÖLÜM - KİŞİLİK HAKLARI BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ51

- 5.1. İnternet Üzerindeki Kişilik Hakları İhlallerinde Maddi Hukuk Bakımından Medeni Kanun Madde 24 V.D. ile 5651 sayılı Kanun Madde 9'dan Hangisinin Uygulanması Gerektiğinin

"Özel Yasa-Genel Yasa", "Önce Yürürlüğe Giren Düzenleme- Sonra Yürürlüğe Giren Düzenleme" Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi	51
--	----

ALTINCI BÖLÜM - FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU

BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN

ENGELLENMESİ55

- 6.1. FSEK Ek Madde 4'de Belirtilmesine Rağmen Aynı Yasada
Tanımlanmamış Olan "Servis Sağlayıcı" ve "Bilgi İçerik Sağlayıcı"
Kavramları, Yasa Koyucunun İradesini Gerekçelendirdiği Mehzaz
Direktif İçerisinde Tanımlanmış Olan Søjelerin
Hangisi/Hangilerine Karşılık Gelmektedir?55
 - 6.2. FSEK Ek Madde 4'de Düzenlenen Durumla İlgili, Yasa
Koyucunun İradesini Gerekçelendirdiği Mehzaz Direktif
Uygulaması Ne Şekildedir? Mehzaz Direktif Uygulaması ile
Mevcut FSEK Ek Madde 4 Uygulaması Paralel midir? Hangi
Noktalarda Ayrılmaktadır?58
 - 6.3. FSEK Ek Madde 4'de Savcıya Tanınmış Olan Yetkileri Hakim
ve/veya Ceza Mahkemeleri Kullanabilir mi? Savcılık Makamı
İşlemlerini Yargıçlar veya Mahkemeler
Yerine Getirebilir mi?60
- SONUÇLAR62**

GİRİŞ: KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE RAPORUN AMACI

Rapor, Türkiye’de alınan yargı kararları çerçevesinde uygulanan internet sitelerine erişiminin engellenmesi konusunu hukuki incelemeye tabi tutmayı amaçlamaktadır. Raporda izlenen "tümdengelimci" yaklaşımın sonucu, "erişimin engellenmesi" kararlarının alınmasında dayanak yapılan maddi hukuk kaynakları, ana hukuk disiplinleri içerisinde ortaya konulan ilkeler ışığında incelemeye tabi tutulmuştur.

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 bulunmaktır. Rapor, bu amaca uygun olarak internet sitelerinin erişiminin engellenmesi konusunda 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. Raporun, bu amaca yönelik olan söz konusu bakış açısı, işlenen konuların da amaca dönük olarak sınırlandırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle raporda, erişimin engellenmesi konusunda yasal düzenleme önerisi, politika yaklaşımı ve uluslararası uygulamaların ışığında atılması gereken adımlar ile ilgili açılımlar ve tavsiyeler getirilmemektedir. Rapor, hukukun temel ilkeleri ışığında, erişimin engellenmesi kararlarıyla yaratılan iklime farklı bir bilimsel ve hukuki bakış açısıyla yaklaşmayı hedeflemektedir. Çalışmanın yaratmak istediği etki; 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.

1. ANAYASA HUKUKU BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

1.1. İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması mıdır?

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. İlgili maddeye göre;

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

Yukarıdaki anayasa hükmünü genel bir hukuki yorum tekniği olan "hükmün ters anlamı bakımından" (mefhum-u muhalif) yorumladığımızda 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."

Yukarıdaki yorum tekniği uyarınca ortaya konulan anayasal norm, bizi çok önemli bir sonuca götürmektedir. Bu da *"Bireylerin internet sitelerine erişiminin engellenmesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıdır"* yargısına varılmasıdır.

1.2. İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesini Düzenleyen veya Buna Dayanak Yapılan Yasa Normlarının Yaratılmasında ve Uygulanmasında Göz Önünde Bulundurulması Gereken Anayasal İlkeler Nelerdir?

"İnternet sitelerine bireylerin erişimin engellenmesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıdır" yargısına varılması bizleri "bu sınırlamanın ne şekilde yapılacağı" sorusuna götürmektedir.

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. Anayasa madde 13;

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

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 kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Erişimi engelleme kararları düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, bilgi ve düşünceleri araştırma ve edinme özgürlüğü olmak üzere üç temel hakkı doğrudan etkilemektedir. Genel olarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen bu haklar Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerde ifade özgürlüğü kavramının normals sınırı çizilmemekle beraber hukuk düzeninin korunmadığı ve genellikle suç sayılan durumlar, hakkın norm alanı dışında kalmaktadır¹. Nitekim kamusal makamlar tarafından erişim engelleme bağlamında getirilen sınırlamalar, hukuk düzeninin korunmadığı durumlarda genel anlamda ahlakın korunması; özel anlamda da çocukların ve gençlerin konusu suç teşkil eden içeriklere kolayca ulaşabilmesinin önlenmesi ve Anayasa tarafından korunan diğer özel kesimlerin (aile vd.) korunması düşüncesine dayandırılmaktadır. Zira 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 öngörülmüştür. Bu fıkrada, 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 düzenlenmiştir².

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

¹Kemal Şahin, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gereksinimleri ve Sınırları*, İstanbul, 2009, s.325.

²Murat Volkan Dülger, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Düşünce Özgürlüğü", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2004, s.288 - 298.

koşullar bağlamında sınırlandırılması olarak değerlendirilerek bu konuda verilecek tedbir kararının sınırlandırma ölçütlerine uygun olduğu sonucuna varılabilecektir. Zira 5651 sayılı Kanun'da 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, 8. maddede sayılan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphenin bulunduğu yayınlarla sınırlı olarak yapılabileceği, 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 olarak verilmesi gerekmektedir. Nitekim verilen bazı kararlarda, sadece belirli bir görüntüye erişimin engellenmesi veya ulaştırılması engellenmek istenen adresin açıkça yazıldığı görülmektedir.

Belirli bir yayından ötürü siteye erişimin tamamen engellenmesi, uygulanan tedbiri, tedbir olmaktan çıkarmakta ve bir yaptırım haline getirmektedir. Bu hal ise her şeyden önce Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen yasallık ilkesine aykırıdır. Dolayısıyla böyle bir uygulama hem yasanın normatif düzenlemesine hem de anayasadaki ölçülülük ve hakkın özüne dokunmama ilkelerine uymamaktadır.

1.3. İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Karar Veren Yargıçlar Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Noktasındaki Anayasal İlkeleri Ne Ölçüde Dikkate Almalı ve Uygulamalıdır?

Türkiye’de yetkili makamlar tarafından "erişimin engellenmesi" karar verilebileceği açıklıkla belirtilen yegane mevzuat, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi ve bu maddeye yollama yapan yasal değişikliklerdir. Karşılaşılan olaylara bu maddenin uygulanmasında ve yorumunda yukarıda belirtilen ölçütlerin yargıçlar tarafından hassasiyetle dikkate alınması çok önemlidir. Zira hukuk kurallarını vicdani kanaat süzgecinden geçirerek adaleti sağlamak görevi bulunan yargıçların alacağı kararların ve yapacağı işlemlerin, öncelikle anayasal ilkelere ve kurallara uygun olması gerekliliği anayasal bir sorumluluktur. Bir başka deyişle anayasa nomları ve anayasal ilkeler, hem yasa koyucunun yasalaştırma sürecinde dikkate alması gereken temel esaslar hem de yargıçların somut olayla ilgili karar alırken uygulayacağı yasa hükmünün veya kullanacağı takdir yetkisinin kapsamını belirlemesi bakımından öncelikle uygulaması gereken temel ilke ve normlardır. Bu durum Anayasanın 11. maddesi ile 138. maddesinin ilk fıkralarında aşağıdaki şekilde ifade edilmektedir.

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü

MADDE 11. - Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır.

Mahkemelerin bağımsızlığı

MADDE 138. - Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Anılan 11. madde, Anayasa hükümlerinin yalnız kamusal organları değil, diğer kuruluş ve kişileri de bağladığını belirtmiştir. Madde gerekçesinde bu yön, şu ifadelerle ortaya konulmuştur:

*"Anayasa sadece devlet iktidarını değil kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasaya uymak zorundadır ve yargı kuvveti gerektiğinde Anayasayı diğer yasalar gibi uygulayabilecektir."*³

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da aynı yönde bir kararına göre;

*"Anayasa bu hükmü ile, 1961 Anayasası'ndan ayrılmış, yasalardaki Anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörölmüş prosedüre başvurulmaksızın doğrudan ve tereddütsüz Anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir."*⁴

Bu konuda öğreti ve Anayasa Mahkemesi kararlarında farklı değerlendirmeler yapılarak Anayasayı doğrudan uygulamanın mümkün olup olmadığı, olası ise bunu kimlerin yani yasamanın mı yürütmenin mi ve yargının mı yapabileceği ve bu hükümlerin kendisinden önceki yasal düzenlemeleri zımnen ilga edip etmeyeceği sorularının yanıtları aranmıştır.⁵ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1981/8, K.1982/3 sayılı kararında;

"...mahkemelerce Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan 8. maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak, Ceza Kanu'nun 481. maddesinin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılması ve kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasanın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya uygulanması gerekmektedir."

³ Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuktaki Etkileri", http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg6/selim.pdf (07.02.2011 Erişim), s.20.

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1980/4-1714 E. , 1983/803 K. 14.09.1983 T. , Yargıtay Kararları Dergisi, C:9, S:11, 1983, s.1589-1590.

⁵ ÖZAY İlhan, "Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri", Anayasa Yargısı, Sayı 19, Antalya 2002, s. 275.

gerekçesine yer verilmiştir. Yine konu ile ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.06.1998 tarih ve 1998/10-457 E. 1998/510 K. sayılı kararında Anayasa hükümlerinin madde 11 gereğince doğrudan uygulanacağına hükmedilmiştir.

“...Anayasa'nın 11. maddesi aynen: 'Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.' hükmüne yer vermiştir.

Hal böyle olunca bir konuda Anayasa hükmü ile yasa hükmü arasında aykırılık bulunduğu anda Anayasa hükmünün uygulanmasına öncelik tanınmalıdır. Zira normlar hiyerarşisinde piramidin tepesinde Anayasa, sonra yasa, tüzük ve yönetmelik hükümleri gelmektedir. Bu bağlamda hemen belirtelim ki; yargıç önüne gelen her meselede yasa hükümlerini ihmal edip Anayasayı uygulayacak değildir. Yasalarda açık-seçik düzenlemeler varsa, Anayasa'nın genel nitelikte hükümleri doğrudan uygulanmaz.

Gerçekte de Anayasa bir konuyu somut, ayrıntılı ve uygulanabilir nitelikte düzenlemişse ve o konuda yasadaki hükümlerle çelişiyorsa Anayasa'nın doğrudan doğruya uygulanması yasal ve hukuksal açıdan zorunludur.

...Kaldı ki Anayasa'nın 177. maddesinin (e) bendinde; mevcut kanunların Anayasa'ya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümlerinin Anayasa'nın 11. maddesi gereğince uygulanacağı öngörülmektedir..”

Anayasanın doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadığı, hak ve özgürlüklerin gerçek koruyucusu olan yargının yetkileri ve bunun yanında idarenin uygulaması yani eylem ve işlemleri yönünden de ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken konulardır. Zira sorunun idarenin eylem ve işlemleri üzerindeki yargısal denetim bakımından irdelenmesi görece olarak daha kolaydır. Yürürlükteki İdari Yargılama Usulü Kanunu eski Danıştay Kanunundan farklı olarak işlemlerin yasaya değil hukuka uygun olup olmadıklarından söz etmektedir. Kuşkusuz ki hukuk yasadan çok daha geniş bir kavram olup Anayasayı ve giderek genel ilkeleri de içermektedir. Şu halde idari yargı yerleri

araya herhangi bir yasal düzenleme girmeden Anayasa hükümlerini önlerindeki somut olaya uygulayarak karar verebilirler. İdare açısından ise durum farklı olup insan hakları açısından, idarenin aykırı bulduğu normu ihmal edip doğrudan anayasa hükmünü uygulayabileceği görüşü ileri sürüldüğü gibi Anayasanın doğrudan uygulanabilmesinin, arada yalnızca başka bir yasa mevcut değilse mümkün olduğu da ifade edilmektedir.⁶

Bununla birlikte Anayasa hükümlerinin idare tarafından da doğrudan uygulanacağı yönünde kararlar da bulunmaktadır. Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca idari işlemin iptali talebiyle açılan davada Danıştay;

"Anayasa hükümlerinin kural olarak doğrudan uygulanacak hükümler olmadığına, genellikle bir uygulama yasasına ihtiyaç olduğuna, ancak Anayasanın ayrıntılı biçimde düzenlediği konularda uygulama yasasına gerek olmadığına, hatta mevcut yasalarda Anayasaya uygunluk için değişiklik yapılması gerektiği hallerde dahi ayrıntılı Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulama alanı bulacağına, nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarının da bu doğrultuda olduğuna, dolayısıyla Anayasanın 40/2. maddesinin yasal düzenleme gerektirmeksizin doğrudan uygulanabileceğine, son derece karmaşık mevzuat karşısında bireylerin hak arama özgürlükleri ile hak ve özgürlüklerinin korunması açısından idarenin bu anayasal buyruğa uymadığı durumlarda, idarenin hak arama hürriyetini sınırladığının kabulünün gerektiği ve bu gibi hallerde dava açma süresinin geçirildiğinden söz edilemeyeceği"

gerekçesiyle, davayı süre aşımından reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Söz konusu kararlar ışığında Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin prensipleri ile ilgili diğer hükümlerinin yargı makamları ve idare tarafından doğrudan doğruya uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır.

⁶ Özay, a.g.y., s.8 vd.

1.4. İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesini Düzenleyen veya Buna Dayanak Yapılan Yasa Normlarının Yorumlanmasında Hakimin Takdir Yetkisi Hangi Ölçütlere Uygun Olarak Kullanılmalıdır?

Ülkemizde 5651 sayılı Kanun dışında özellikle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) 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 sonucu doğuran yasa hükümlerinin dar yorumlanması gereken ilkeye⁷ 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 (12/1/2011 tarih ve 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389-399. maddelerinde ihtiyati tedbir kurumu düzenlenmiştir) ihtiyati tedbir niteliğinde erişimin engellenmesi 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.

⁷ AİHM'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 Tabsin Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması A.Y. Md. 13", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 19, Ankara, 2002, s. 137.

Yargıcın takdir yetkisini bu noktada açmak gerekirse; yasa sadece bireyler için değil, yargıç için de bağlayıcıdır. Yargıcın bağımsızlığının karşılığı yasaya bağlılıktır. Yargıcın, kendisine yetki verilmeyen bir konuda takdir yetkisini kullanması, yasa koymak ve düzenlemek anlamına gelir ki, hukuk güvenliği açısından uygun değildir. Yargıcın takdir yetkisini kullanabilmesi için, yasanın açık bir hükmü olması gerekir. Dolayısıyla yargıç, takdir yetkisini yasa koyucunun hukukî kurallarla çizdiği sınırlar içinde ve onların hükümlerine, saptadığı esaslara, yasaların gayesine ve maksadına tamamen uygun olarak kullanılmalıdır. Takdir yetkisinin hangi noktalara ilişkin olduğu bizzat takdire yollama yapan kuralda belirtilir.

Yargıcın takdir yetkisi Anayasanın 138. maddesinde ifadesini bulan "yargıçlar görevlerinde bağımsızdır" ilkesinin bir uzantısı görünümündedir. Zira yargıcın görevinde bağımsız olmasından beklenen amaç yargıca tanınmış olan bir ayrıcalık değil, onun her türlü etkiden uzak olarak daha adil bir karar vermesini sağlamak ve kendilerine verilen görevleri gereği gibi ve amaca uygun olarak yerine getirmek içindir.⁸ Yargıca verilen takdir yetkisi ise somut olayda daha adil bir karar vermesini sağlamak için getirilmiş bir araçtır. Bu nedenle bu takdir yetkisi yasa tarafından tanınmış olma şartıyla ve ilgili yasayla çizilen sınırlar içinde hak ve nasafete uygun olarak kullanılacaktır. Hak ve nasafet ölçütü Yargıtay'ın aşağıdaki kararında şu şekilde belirtilmiştir:

"Hiç şüphesiz hâkimin davayı ferdileştirmesi, ilke olarak doğrudur. Gerçekten Medeni Kanunu'nun 4. maddesinde öngörülen temel kurala göre, yasanın takdir hakkı verdiği ve icabı hale yahut muhik sebeplere nazaran hüküm vermekle mükellef tuttuğu bususlarda hâkim, hak ve nasafet çerçevesinde karar vermekle yükümlüdür. Ne var ki, bu ameliye yapılırken, olayın özelliklerinden sadece bir ya da ikisinin göz önünde tutulması, diğerlerinin ise hiç nazara alınmaması doğru olmaz. Hak ve nasafetle hükmetmek belirli bir olayın bütün özelliklerine cevap vermeyi ve olayın tüm icaplarını göz önünde bulundurmaya zorunlu kılar. Hatırlamak gerekir ki, hak ve nasafet düşüncesi hâkimi doğal hukuk görüşünün

⁸ Şeref Gözübüyük/Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Hukuku*, 6. Basım, Turban Kitabevi, Ankara, 1993.

getirdiđi ideal adalet dűşüncesine yöneltmektir. Bir olayın bütün özellikleri, yüksek bir adalet dűşüncesi ve Anayasada anlatımını bulan temel ilkeler çerçevesinde göz önünde tutulup deđerlendirilmedikçe, var olan çeşitli çözüm biçimleri arasında mümkün olan en adili bulabilmek söz konusu olmaz.⁹

Yukarıdaki tespitlerde açıkça belirtildiği üzere yargıcın takdir yetkisinin sınırları ve ölçütleri nettir ve "erişimin engellenmesi" kararı ile ilgili olarak, takdir yetkisi kullanılırken bu ölçütlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Yargıcın 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 ve yukarıdaki tespitler, özellikle herhangi bir yasal dayanağı olmayan "koruma tedbiri" niteliğinde "erişimin engellenmesi" kararı veren ceza yargıçlarının, takdir yetkisine dayanarak bu kararları verdikleri iddiasının tartışılması bakımından da önemli bir dayanak noktası oluşturmaktadır.

⁹ *Serdar Nart, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2007, s. 66, (Çevrimiçi) <http://www.belgeler.com/blg/12qu/ayirt-etme-gucunden-yoksun-kimselerin-bukuki-sorumlulugu-hakkaniyet-sorumlulugu-legal-liability-of-mentally-incapacitated-persons-liability-based-on-equity>, 07.02.2011. Bkz, Yargıtay 9. HD. , E. 1968/691 E. , 1968/4629 K. 9.4.1968 T.*

1.5. Yargıçlar ve Savcılar Anayasal Hak Ve Özgürlüğün Korunmasını Gerekçe Göstererek İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Karar Verebilirler mi? Bu Konuda Hukuk Yargıçlarının Durumu ile Ceza Yargıçlarının ve Savcılarının Durumunun Değerlendirilmesi.

Anayasamızın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler ancak yasayla sınırlandırılabilir. Burada akla şu soru gelmektedir: Anayasa da teknik olarak bir yasa olduğuna göre, Anayasa'ya dayanılarak temel hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir mi? Başka bir deyişle, Anayasa, başka bir yasaya ihtiyaç duyulmaksızın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için yeterli midir?

Anayasanın 13. maddesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda bazı sınırlar koymuştur. Maddeye göre *"Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

Bu doğrultuda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla gerçekleşebilir. Diğer bir söyleyişle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, niteliği gereği bir yasama faaliyetidir. Bu hususu bir yargı faaliyeti olarak kabul etmek mümkün değildir. Sınırlandırma herkesin ulaşabileceği, hukuki güven ihtiyacına cevap verecek nitelikteki, açık yasa hükümleriyle gerçekleşir.¹⁰ Temel hak ve özgürlüklerin, Anayasa'da belirtilen esas ve usule aykırı olarak sınırlandığı iddiasının tartışılma yeri de esas olarak Anayasa Mahkemesi'dir.

¹⁰ *Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2009, s.129 vd.; Sultan Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.21.*

Düşünce özgürlüğü ve onun alt görünümüleri olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlükleri Anayasa'nın güvencesi altında bulunurlar (AY m.25, m.26). Bununla birlikte, herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir (AY m.17/f.1). Bu durumda, eşit durumda düzenlenmiş iki hukuki değer çatışması söz konusudur. Çatışmanın bir tarafında düşünce özgürlüğü yer alırken, diğer tarafta ise kişilik hakkı bulunmaktadır. Farklı bir söyleyişle, kişisel değerlerin korunmasına yönelik menfaat ile düşüncenin açıklanmasına ve yayılmasına yönelik menfaat çatışma içindedir.

Çatışan değerlerin tartılması sorunu, hukukun temel sorunlarından birini oluşturur. Bu konudaki farklı görüşler, çatışan değerlerin tartılmasına ilişkin genel, soyut bir kural oluşturmanın mümkün olmadığı sonucu üzerinde uzlaşırlar. İsbetli olarak belirtildiği üzere, eşdeğer konumdaki çatışan değerlerden, birinin diğerine soyut olarak üstün tutulmasını gerektiren bir kural yoktur. Bu nedenle, her çatışma kendi koşulları içinde incelenmeli ve kendi çözüm yollarına göre değerlendirilmelidir.¹¹ Söz konusu inceleme ve değerlendirmeyi yapacak olan da yargıdır. Yargıç, kişilik hakkına saldırı iddiasıyla huzuruna getirilen uyumsuzluklarda, Anayasa başta olmak üzere tüm kuralları dikkate alarak çatışan değerlerden birini sadece o olaya özgü olarak üstün tutmalı ve uyumsuzluğu bir karara bağlamalıdır.

Ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda hukuk yargıçları da, ceza yargıçları da, savcılar da belirli durumlarda yetki sahibi olabilmektedir. Örneğin gözaltı bir koruma tedbiridir, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıdır ve gözaltına alınmaya savcı tarafından karar verilebilir. Gene bir koruma tedbiri ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması olan tutuklama işlemi konusunda ise yetkili savcı değil ceza yargıcısıdır.

¹¹ *Abmet Kılıçoğlu, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008, s.153 vd.; Selim Kaneti, "Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk", Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 1978, s.145 vd.*

Anayasa'nın 13. maddesinde koyulmuş bulunan kurallar açısından, sınırlandırmaya kimin karar verdiği doğrultusunda bir fark bulunmayacaktır. Savcılar da, hukuk yargıçları da, ceza yargıçları da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütlere uygun karar vermek durumundadır. Öte yandan bir temel hak ve özgürlük, nesnel sınırları yanında yine aynı anayasada güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlük alanıyla çatıştığı oranda, pratik uyum ilkesinin sonucu olarak yasal sınırlamadan bağımsız bir sınırlamaya maruz kalmaktadır. Örneğin; hakaret oluşturan düşünce açıklamalarının sınırlandırılarak ceza yaptırımına bağlanması düşünce özgürlüğü ile kişilik hakkı arasındaki çatışmanın ortaya çıkardığı bir sonuç olup düşünce özgürlüğüne bu nedenle getirilebilecek sınırlar pratik uyumun gerektirdiği sınırları aşamayacak derece dar olmalıdır. Anayasa Mahkemesinin 10.11.2004 tarihli 25639 E. sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 2002/143 E. 2004/46 K. sayılı kararında belirtildiği üzere;

"...anayasa hükümlerinden birinin diğeri ile çatışır gözükmesi halinde bunlardan her birine optimal etkililik sağlayarak, yani birini diğerine feda etmeden bir sonuca varmak, pratik uyum ilkesinin gereğidir."

Nitekim erişim engelleme kararlarında, kişilik hakkı hükümleri ile birlikte Anayasanın ailenin ve gençliğin korunması hükümlerinin ihlali dayanak gösterilmektedir. Bu husus 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un genel gerekçesinde açık şekilde ifade edilmiştir¹².

Bu anlamda genel olarak ifade özgürlüğünün sınırlanması sonucunu doğuran erişim engellemeleri, bu özgürlüğün Anayasanın adı geçen hükümleri ile çatıştığı ölçüde varlık ve etkilerini optimal düzeyde sürdürecektir şekilde uygulanmalıdır.

¹² "Dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak, ülkemizde de, internet dahil bızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların suüstimal edilmesi suretiyle işlenen suçlarla mücadele konusunda etkin ve doğru bir yapılanmayı mümkün kılacak özel bir kanun çıkartılması zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.

Anayasanın 'Ailenin korunması' başlıklı 41. 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. maddesinde de 'Devlet, istiklâl ve Cumburiyetimizin emanet edildiği gençlerin müspet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkulâpları 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 cebaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.' hükmü yer almaktadır.

Hazırlanan bu Tasarı ile, Anayasanın söz konusu hükümleri uyarınca, aileyi, çocukları ve gençleri internet dahil elektronik iletişim araçlarının suiistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intibara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayımların 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.

Tasarı ile yeni bilişim suçları kategorisi oluşturulmamakta ve suçlar işlendikten sonra devreye girecek cezai ve idari yaptırımlar getirilmemektedir. Türk Ceza Kanununda yer alan belirli suçların internet dahil elektronik ortamda etkilerini sürdürmesinin, idari ve yargısal koruma tedbiri olmak üzere belirlenen iki yöntemle önlenmesi mümkün kılınmaktadır. Bu amaçla, söz konusu kanunda yer alan bazı suçların, elektronik ortamda işlenmesinin içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden önlenmesine ilişkin esas ve usûller belirlenmektedir. 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 mabiyetindedir. Tasarıyla içerik denetiminin nasıl ve hangi kurum tarafından yapılacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, bu amaçla Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına ilave görev ve yetkilerin verilmesi öngörülmüştür.

Söz konusu Başkanlığa, elektronik ortamdaki zararlı içeriklerin izlenmesi ve önlem alınması, filtreleme görevi, bu konuda uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği sağlanması, şikâyet ve talepleri değerlendirmek üzere izleme ve bilgi ibhar merkezi kurulması gibi çok önemli yetki ve görevler verilmektedir. Ülkemizde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 'Bilişim Alanında Suçlar'ı düzenleyen 243 ve devamı maddelerinde ticari ve mali yönden işlenen suçları düzenleyici, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu gibi özel nitelikli kanunlarla, toplumu ahlâki ve ruhsal yönden etkileyen zararlı neşriyatla mücadele edilmesini, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile de aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocukları korumayı ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile de korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasını amaçlayan hükümler konulmuştur. Ancak, bilişim teknolojilerinde yaşanan baş döndürücü gelişmeler nedeni ile söz konusu düzenlemeler, internet ortamında yapılan ve içerikleri suç teşkil eden yayınların önlenmesinde yetersiz kalmıştır. Bu konuyla ilgili benüz yasal bir düzenleme yapılmamıştır. Dünyada ve Avrupa Birliği ülkelerinde ise, elektronik ortamda işlenen suçların önleyici tedbirlerle önlenmesinde farklı adlarla da olsa genelde bağımsız ya da özerk yapıların oluşturulduğu görülmektedir. Elektronik ortamda işlenen suçların hızla bir şekilde artışı, bu suçların işlenmesindeki kolaylığa karşın ortaya çıkarılmasındaki zorluklar, toplumsal açıdan doğabilecek zararların sonradan telafisinin mümkün olmaması, bu konuda acilen etkin mücadele edecek kurumsal bir yapının, yasal bir düzenleme ile oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.

Ülkemizde internet ortamı dahil elektronik ortamda yapılan yayınları teknik açıdan ve bilimsel olarak takip eden, sorunu tespit eden, çözümünü için öneriler getiren; internet servis sağlayıcıları da dahil elektronik haberleşme ve internet sektörünü koordine edecek kurumsal bir yapılanmanın kurulması zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.

Bilişim teknolojileri ve sunduğu hizmetler, nitelikleri gereği sadece ulusların millî düzenlerini değil, tüm uluslararası toplumu etkilemektedir. Bu nedenle, diğer ülkelerle ve uluslararası örgütlerle de bu alanda işbirliği ve koordinasyon yapılarak, bilişim ve internet teknolojilerinin ortaya çıkardığı bu yeni ortama uyum sağlanması gerekmektedir. Hazırlanmış olan bu Tasarı ile, yasa metninde belirtilen suçların internet 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.

Bu Kanun kapsamında ilave görevler verilen idari birimin Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bir birim olduğu ve Kurumun bu birim dahil faaliyetleriyle ilgili tesis ettikleri idari nitelikteki kararlarına karşı ilgili mevzuatta zikredilen idari yargı, genel hukuk hükümlerine göre tesis ettiği işlem ve eylemlerine karşı ise ilgili adli yargı yoluna başvurulması mümkün bulunmaktadır."

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

2.1. Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmeler Bakımından İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Uygulanması Gerekli Olan İlkeler Nelerdir?

"Erişimin engellenmesi" kararlarının, bu kararların 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. Bu normlar kısaca şu şekilde belirtilebilir.

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.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 19. maddesinde;

"Herkesin görüş ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, karışmasız görüş edinme ve herhangi bir yoldan ve hangi ülkede olursa olsun bilgi ve düşünceleri arama, alma ve yayma özgürlüğünü içerir."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin 1. fıkrasında;

"Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir." hükümlerine yer verilmiştir.

Ancak, ifade hürriyetinin sonsuz ve sınırsız olmadığı, kısıtlı da olsa sınırlandırılmasının gerekeceği, uluslararası alanda normlara konu edilmiştir.

Elbette ki ifade özgürlüğünü sınırlamanın da sınırları mevcuttur.

"İfade ve düşünce özgürlüğü" AİHS'nin 10. maddesinde belirtilmiştir ve bu özgürlük demokrasinin başta gelen yaşamsal bir ögesidir. Bu önemli özgürlük çeşidi içine haber ve bilgilere ulaşma hakkı ile bunları iletme, yayma hakları da girmektedir. Bu hak, sözleşmenin 10. maddesi çerçevesinde sınırlanabilirse de bu sınırların sınırları, kuralları bulunmaktadır. "Demokratik toplum düzeni için gerekli olma" ölçütü, ifade özgürlüğünün sınırlanmasını sınırlayıcı en önemli ölçüt olarak ortaya çıkmaktadır¹³.

Anayasa'nın 14., BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 5. ve AİHS'nin 17. maddelerinde ise hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının korunmayacağı ifade edilmiştir.

Bu bağlamda uluslararası alanda; 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.

AİHS'in 17. maddesi, belirttiğimiz anayasa hukuku, ceza ve ceza muhakemesi hukuku, hukuk muhakemeleri usulü hukukunda geçerli

¹³ Dülger, *Düşünce Özgürlüğü*, s.288 - 298.

olan "orantılılık-ölçülülük" ilkelerinin teyidi ve Yargıtay 4. C.D. 4.10.1994, 7351/7693'ün kararında¹⁴ belirtilen hususun da uluslararası hukuk bakımından bir normla ifadesidir.

¹⁴ "Mühür bozma suçundan sanık Yaşar'ın TCK.nun 274/1, 274/1, 274/1 ve 647 sayılı Yasanın 4. maddeleri uyarınca 4.980.000 lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin, Zeytinburnu Asliye Birinci Ceza Mahkemesi'nce verilip kesinleşen 14.5.1994 günlü karar aleyhine Adalet Bakanlığı'ndan verilen 21.9.1994 gün ve 22366 sayılı yazılı emri içeren C.Başsavcılığı'nun 30.9.1994 gün ve 85931 sayılı tebliğnamesiyle dava dosyası, Daireye gönderilmekle incelendi ve gereği görüldü:

A- Tebliğnamede: "1.12.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3842 sayılı Yasanın 15 ve 24. maddeleri ile değişik CYY.nun 138 ve 254/son maddeleri hükmüne aykırı biçimde sanığın savunmasının alındığı 14.5.1993 günlü celsede, CYY.nun 135. maddesindeki yasal hakları hatırlatılmadan sorgusunun yapılarak cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet görülmemiştir" denilmektedir.

B- İnceleme: Ceza yargılamasının temel amacı, daba önce işlenmiş olan eylemlerle ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak, bu amaç, ne pahasına olursa olsun gerçekleştirilemez. Yapılan araştırma ve soruşturma, mutlak ve sınırsız değildir. Bu etkinlikler sırasında kişisel ve/veya toplumsal değerlerin korunması zorunludur. Bu nedenlerle yasa koyucu, Ceza Yargılama Yasasının çeşitli maddelerinde, kanıtın kendisi ve elde edilmesiyle ilgili birçok sınırlamalar ve yasaklar getirmiştir. Ceza Yargılama Yasasında 3842 sayılı Yasayla yapılan değişiklik de bu bağlamda olmuş, kanıt elde etme (md.135/a) ve hukuka aykırı olarak elde edilen kanıtlarla ilgili değerlendirme (md.254/2) yasakları getirilmiştir.

Ceza Yargılama Yasasının aynı Yasayla değişik 135. maddesinde öngörülen aydınlanma hakkı ve aydınlatma yükümlülüğüne uyulmayarak ve özellikle susma, savunma ve bir savunmandan yararlanma hakları bildirilmeden yapılan sorgu ve bu sorguyla elde edilen anlatım kanıtı da, kuşkusuz hukuka aykırı bir kanıttır ve değerlendirme yasağı kapsamındadır.

Ne var ki, ceza yargılamasının bir başka temel dayanağı da, kamu yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer.

AIHS 17. madde aynı zamanda "erişimin engellenmesi" yönünde yargı makamlarına talepte bulunan kişilerin kendilerine tanınan hukuki koruma hakkının kullanılmasına yönelik sınırlandırmayı da içermektedir. Yargı makamlarına talepte bulunan kişi hiçbir koşul ve şart altında diğer kişilerin temel hak ve özgürlüklerini kullanılmaz hale getiren, bu hak ve özgürlüklerin özüne müdahale eden bir hukuki korumayı talep edemez. Talep etse bile hukuk düzeni ve yargı makamları bu talebi himaye edemezler.

Ülkemizde kişilerin kendilerine ait hakların ihlali nedeniyle talep etmeleri üzerine verilen "erişimi engelleme" kararları, sonuçları ile, demokratik toplum düzeni ve bu karardan etkilenen kişilerin

Bu nedenle yasa koyucu, hukuka aykırı kanıtlar için değerlendirme yasağını getirirken, bu tür "kanıtların hükme dayanak" yapılamayacağını, yapıldıkları takdirde hükümün sakatlanacağını (md. 254/2) belirtmekle birlikte, nedensellik bağı arayarak, yasaya aykırılığın konulan hükümü etkilemesi gerektiğini de vurgulamıştır (md. 320/1).

Bu koşullar bulunduğu takdirde, hiç kuşkusuz hüküm bozulacaktır. Öte yandan, olağanüstü ve sıra dışı bir yasa yolu olan yazılı emir yolu yeniden duruşma yapılamayacağından, Yargıtay'ın ilk mahkemenin yerine geçerek karar verebileceği durumlarla sınırlıdır.

Dosya incelendiğinde, hükümlünün 3842 sayılı Yasa değişikliğinden sonra sorgusunun yapıldığı anlaşılmakta ve savunma/anlatım özgürlüğünü kullanıp kullanmama ve aydınlanma konularında, C.Yargılama Yasasının 135. maddesinde öngörülen hakların kendisine bildirildiğine ilişkin bir deyiş duruşma tutanağında rastlanmaktadır. Bu durumuyla sorgu yasaya aykırıdır. Ancak hükümlü aşamalarda savunmalarında, okunan son soruşturma kararındaki suçlamaları reddetmekle yetinmiş; kanıt oluşturacak ikrar ya da benzeri bir anlatımda bulunmamıştır.

Öte yandan yerel mahkemenin, bir ikrar ve kabulü içermeyen savunmaya dayanması esasen olanaksızdır. Nitekim mahkeme hükümü, öbür kanıtlara dayanılarak kurulmuştur.

SONUÇ : Yukarıda açıklandığı üzere, söz konusu hukuka aykırı işlemin, kurulan hüküm açısından nedensel (illi) değeri ve gücü bulunmadığından, yazılı emre dayalı tebliğnamedeki isteğin (REDDİNE), 4.10.1994 Taribinde oybirliğiyle karar verildi."

bireysel hak ve özgürlükleri açısından çok ağır olan bir hukuki himaye vasıtasına dönüşmektedir. Böyle bir hukuki himaye vasıtasının talep eden bireye tanınması AİHS'in 17. maddesinde belirtilen ilkelerin de dikkate alınmaması anlamına gelmektedir.

Bu düzenlemeler yargısal kararlarla yorumlanarak açıklığa kavuşturulmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.3.2005, 2004/8-201, 2005/30 sayılı kararında ifade özgürlüğü konusunda şu yorum yapılmıştır:

"...Düşüncenin oluşabilmesi; kişinin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri seçebilmesi ve bunun için de hukuksal olanakların ve güvencelerin bulunmasına bağlıdır. Kuşkusuz ki bunlar da yeterli değildir; ayrıca bunlara uygun davranışlarda bulunabilme hakkının varlığı da bireye/bireylere tanınmalıdır. Öte yandan bu davranışlarından dolayı insanın 'kınanmaması' da gerekmektedir... Nitelikli haklar kategorisinde yer alan düşünce özgürlüğü yönünden devlet, biri pozitif diğeri negatif olmak üzere iki yükümlülük altındadır. Pozitif yükümlülüğü uyarınca devlet, bu özgürlüğün yaşanabileceği ortamı hazırlamak; negatif yükümlülüğü uyarınca ise kabul edilen sınırları içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemek durumundadır... Demokratik toplum olmanın olmazsa olmaz koşulu olan düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü olanca genişliğiyle benimseyen ve güvenceye alan, toplum yaşamının gereği, tüm özgürlükler gibi, düzenleyici sınırlamaları, bireysel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında işlevsel kılan ve özgürlüğü kurumsallaştırmayı amaçlayan yapısal, maddi ve içerik olarak da birey-toplum ilişkisinde uzlaşmayı hedefleyen özgürlük anlayışı egemen kılındığında, banşıl toplumun temellerinden biri de gerçekleştirilmiş olacaktır... 'Ceza hukukunun görevi ise', ortak özgür yaşamın güvence altına alınabilmesi için konulması kesinlikle zorunlu olan yasaklar koyup, bireylerin, hak ve özgürlüklerden, barış ve güvenlik içinde yararlanmalarını sağlamaktır... İfadenin içeriğine, ifadenin açıklanmasındaki özene, yapıldığı bağlama, açıklamayı yapanın toplumdaki konumuna ve amacına, açıklamanın konusuna ya da hedef aldığı kişi veya gruba, düşünce açıklamasının potansiyel etkisine, ifadeyi açıklayanın düşüncesini başka kavramlarla dile getirebilmesinin mümkün olup olmadığına, uygulanan yaptırımın

oranlılığı ile potansiyel caydırıcı etkisine, yargısal korumanın etkililiğine bakmak gerekmektedir... Toplumsal hayatı düzenleyen kurallar, uygulandığı toplumdaki koşullara göre yargı kararlarıyla anlam bulmaktadır... Bu bağlamda zorlayıcı sosyal gereksinimlerden bareketle konulan kurallar, demokratik toplum ilke ve gereklerine de uygun olmalıdır..."

AİHS'deki ifade özgürlüğüne ilişkin düzenleme ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarıyla yorumlanarak açıklanmıştır. Buna göre; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin, mutlaka yasa ile öngörülmüş olması, bu müdahalelerin AİHS'in 10/2'nci maddesindeki yasal bir amaca dayanması, demokratik bir toplumda gerekli ve yaptırımın da orantısız olması gerekmektedir¹⁵.

"İfade özgürlüğü, yalnızca iyi karşılanan veya rahatsız edici bulunmayan veya kayıtsız kalınan bilgi ve fikirler için değil, aynı zamanda saldırgan bulunan, sarsıcı bir etki yaratan veya rahatsız eden türdeki bilgi ve fikirler için de geçerlidir. Bunlar demokratik toplumun vazgeçilmez özelliği olan çoğulculuğun, açık fikirliliğin ve hoşgörünün gereğidir. Ancak ifade özgürlüğü de 10/2'nci maddede belirtilen bir dizi sınırlamaya tabidir. Bu istisnalar dar ve ikna edici olarak yorumlanmalıdır. Basın için de bu sınırlamalar geçerli ise de, kamu yararını ilgilendiren bilgi ve fikirlerin açıklanması basının görevidir. Çünkü basın 'kamunun gözü ve kulağıdır'. Ancak ifade özgürlüğü, başkalarını küçük düşürücü, incitici, hakaret edici ve onlara saldırgan ifadeler kullanılmasını, şiddeti teşvik etmeyi de içermez" (Observer-Guardian v. Birleşik Krallık; Handyside v. Birleşik Krallık; Jersil v. Danimarka Kararları).

"İfade özgürlüğünün içeriği yönünden olgular ve değer yargıları arasında farklılık bulunmaktadır. Olguların varlığı kanıtlanabilir ancak değer yargılarının doğruluğunun kanıtlanmasını istemek, gerçekleştirilemeyecek bir şeyi istemektir" (Lingens v. Almanya Kararı).

Unutulmaması gereken bir konu da, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının, yalnızca düşüncelerini iletemeyen kişinin temel

¹⁵ Dülger, *İfade Özgürlüğü*, s.297-298.

hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması değil, aynı zamanda ifadenin yöneleceği kişilerin de, bu ifadeye ulaşamadıklarından dolayı, temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması olduğudur. Başka bir deyişle, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması aslında iki taraflı bir sınırlandırmadır. Böylelikle hem ifade edenin veya basın açısından haber verenin hem de ifadeye ya da habere ulaşmanın hakkı kısıtlanmaktadır¹⁶.

"...İfade özgürlüğü demokratik toplum düzeninin zorunluluğu ögesidir. Herkes bu özgürlüğün sahibidir ve herkesin ifade özgürlüğü vardır.. İfade özgürlüğü niteliği gereği hem ifade edenin/sabibinin özgürlüğüdür hem de o ifadenin yöneldiği adresin, kişinin/kişilerin özgürlüğüdür"¹⁷.

¹⁶Bu anlamda artık, basın özgürlüğünden çok "haber alma hakkının" ön plana çıktığı ifade edilmektedir. Bkz: Çetin Özek, "Haber Vermek mi? Haber Almak mı?", *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, İstanbul, Alfa Basım, 1999, s.5 - 7.

¹⁷Mehmet Semih Gemalmaz, "İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü", *Kitle İletişim Özgürlüğü Baro Gündemi Dergisi Eki, Şubat 1999*, s. 63

3. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

3.1. Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olan "Koruma Tedbiri" Hukuki Müessesesine Dayanılarak İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesine İlişkin Verilen Kararlarda Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Göz Önünde Bulundurulması Gereken İlke ve Esaslar Nelerdir?

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na dair Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporunda¹⁸ ölçülülük ilkesi şu şekilde vurgulanmıştır:

"...Modern Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunun, daba doğrusu çağdaş hukuk sisteminin bütünüünün temelini hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır.

Hukuk devletinin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (Oranlı) davranan devlet olmasıdır. Oranlilik 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 dabilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın (ölçünün) bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlilik (ölçülülük) ilkesi denir..."

Muhakemenin amacına ulaşabilmesi için, bireyin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran koruma tedbirlerine başvurmanın kaçınılmazlığı, şüphesiz kovuşturma makamlarının keyfi bir şekilde ve istedikleri her zaman bu tedbirlere başvurabileceği anlamına

¹⁸ Esas No: 1/535, 1/292 Karar No: 65 1.12.2004

gelmez. Çağdaş demokrasilerde insan hak ve özgürlükleri ulusal ve uluslararası kurallarla güvence altına alınmış, bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının usul ve esasları belirli ilkelere bağlanmıştır. Ceza muhakemesi açısından bireyi gerçekleşmesi muhtemel yakın bir tehlikeden korumak önemli olduğu kadar bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumak da aynı derecede önemlidir¹⁹.

İnternette erişimin engellenmesi, biri koruma tedbiri diğeri ise idari tedbir olmak üzere iki farklı tedbir şeklinde 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde düzenlenmektedir. Adli nitelikte bir tedbir olarak, katalog halinde sayılan suçların işlendiği iddiasıyla açılan soruşturma veya kovuşturmalarda, bu suçların işlendiğine ilişkin yeterli şüphe sebeplerinin varlığı durumunda uygulanan bir tedbirdir. Söz konusu tedbir maddede açıkça koruma tedbiri olarak nitelenmişse de amaç itibarıyla koruma tedbirlerinin klasik amaçlarından ziyade ilgili ihlalin engellenmesine yönelik bir hedef taşıdığından kendine özgü bir tedbirdir. Buna karşın 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca alınan “erişimin engellenmesi” kararlarının hukuki niteliği Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından “Koruma Tedbiri” olarak öngörülmüştür²⁰.

Öte yandan erişimin engellenmesi bir tedbir olarak düzenlenmekle birlikte mahkumiyet halinde ilgili yayının durumunun ne olacağı açık değildir. Yasada soruşturma evresinde kovuşturmaya yer olmadığı, kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde tedbirin kendiliğinden hükümsüz hale geleceği belirtilmiştir (m.8/f.7,8). Keza ilgili içeriğin bu kararlardan önce yayından çıkarılması halinde tedbirin kaldırılacağı öngörülmüştür (m.8/f9). Ancak mahkumiyet kararı ve bundan sonraki süreçle ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Her ne kadar bu hükümlerin aksi anlamından, tedbirin kaldırılmadıkça devam edeceği sonucu çıkarılabilirse de bu durumda söz konusu

¹⁹ Koca, *Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının "Adli Kontrol" Tedbirinin Değerlendirilmesi*, s. 110, <http://web.deu.edu.tr/bukuk/dergiler/DergiMiz5-2/PDF/koca4.pdf> (07.02.2011 Erişim); Durmuş Tezcan, *Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama (Önleyici ve Giderici Tedbirler)*, Ankara, 1989, s. 25

²⁰ Murat Volkan Dülger, "İnternet İletişiminin Engellenmesi Hukuksal Açından Değerlendirilmesi ve 5651 Yasayla Getirilen Düzenleme", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 81, Sayı: 4, Temmuz - Ağustos 2004, s. 1524, 1525.

tedbirin, koruma tedbiri niteliği izah edilemez. Zira koruma tedbirleri hüküm verilmeden önce birtakım hakları sınırlayan tedbirlerdir. Hükümden sonra devam eden bir tedbir, artık koruma tedbiri değil, güvenlik tedbiri şeklinde bir yaptırım halini alacaktır. Dolayısıyla bu hususun da özel olarak düzenlenmesi gerekir²¹.

Söz konusu çelişkiler bir yana yasa koyucunun veciz bir şekilde TBMM Adalet Komisyonu raporu içerisinde bir Ceza Muhakemesi Hukuku işlemi (koruma tedbiri niteliğindeki erişimin engellenmesi kararı verilmesinde) uygulanacak "ölçülülük" ilkesini belirtmesi (işlemin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dabilinde bulunan zarar arasındaki makul oran), oransızlık durumunda işlemin yapılmaması (yani erişimin engellenmesi kararının verilmemesi) gerekliliğine işaret etmesi anlamlıdır. Bu durum ceza muhakemesi işlemi niteliğinde olan birçok erişimin engellenmesi kararının "ölçülülük" ilkesi bakımından hukuka aykırı olduğunu somut bir şekilde ortaya koyan en önemli delildir.

Yasa koyucunun, aynı zamanda bir ceza muhakemesi işlemi uygulayan makamın (yargıçların, savcılarının) ilgili yasada bu hususta açık yetkisi olmasına rağmen (Örn. 5651 sayılı Kanun m. 8'e dayanarak erişimin engellenmesi karar verme) bu yetkisini "oranlılık" ölçütüne uygun olarak kullanması gerekliliğini belirtmesi ise çok önemlidir.

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 kayınırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuki barış tehlikeye düşer"* (Yargıtay 4. C.D. 5.10.1994, 7351/7693) görüşüne yer verilmiştir.

Yine Yargıtay 4. Ceza Dairesinin diğer bir kararında da oranlılık ilkesine değinilmiştir.

"...bu ilkeye göre; a) Başvurulan araç, amacı sağlamıyorsa ya da amaç esasen ortadan kalkmışsa araç artık kullanılamaz.

²¹ Dülger, *İnternet İletişiminin Engellenmesi*, s.1526-1527.

Mantığın şaşmaz ve ayıksız kuralı budur. Olay da ortadan kalkmıştır, araç (M.M.H.K.) gereksizleşmiştir. b) Araçla amaç arasında bulunması gereken orana uyulmalı, kullanılan araç, sağlamayı öngördüğü amacı aşmamalı, ona denk düşmelidir. Yargılama hukukunun temeli olan bu oranlılık (proporsionnalite) kuralına göre, bir yargılama işleminin yapılmasıyla yol açılacak zarar, umulan yararı aşıyorsa o işlem yapılamaz."

Oranlılık ilkesi, 5651 sayılı Kanununun 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.

3.2. Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olan "Koruma Tedbiri" Müessesesinin Uygulanması Noktasında Dikkate Alınması Gereken Genel İlke ve Esaslar Nelerdir?

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.

"Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kağıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, gecikmede sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvurulmuş; ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren önlemlere koruma tedbirleri denir"²²

²² Babri Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.381.

Çeşitli ve birbirlerinden oldukça farklı mahiyette koruma tedbiri bulunsa da bütün koruma tedbirleri için geçerli olması gereken bir takım özellikler bulunmaktadır. Doktrindeki görüşlere değinmek gerekirse; Prof. Dr. Bahri Öztürk'e göre bunlar; 1) Yasal dayanak, 2) Suç şüphesinin belli bir yoğunlukta olması, 3) Hükümden önce temel bir hakkı sınırlaması, 4) Geçici olması, 5) Muhakemenin yapılabilmesini sağlamak ve/veya verilecek kararın kağıt üzerinde kalmasını önlemek ve/veya delil temin veya muhafaza etmek amacının bulunması, 6) Gecikmede sakınca bulunması, 7) Yargıç, gecikmez hallerde savcı kararı bulunması, 8) Oranlılık (ölçülülük ilkesi) bulunmasıdır.

Prof. Dr. Hakan Hakeri ve Prof. Dr. Yener Ünver'e göre bütün koruma tedbirleri birer araç olmalı ve geçici olmalı; ayrıca koruma tedbirlerine başvurabilmek için suç şüphesinin bulunması, yasal düzenleme, gecikmezlik, görünüşte haklılık ve orantılılık ön şartlarının bulunması gerekmektedir.

Prof. Dr. Nur Centel ve Doç. Dr. Hamide Zafer ise koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için gecikmede tehlike bulunması, tedbire başvurulmasının haklı görünmesi ve koruma tedbiri ile işin önemi veya muhtemel ceza arasında orantı bulunması ön şartlarının aranması gerektiğini söylemektedir.

Koruma tedbirlerinin uygulanmasında söz konusu ön şartların aranması ve koruma tedbiri olarak uygulanan müessesenin söz konusu şartları taşıması önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 24.07.1972 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 1972/13 E. ve 1972/18 K. Sayılı kararında bu şartlar şu şekilde ifade edilmiştir:

"... Yargılama yerlerinin yargısal görev yaptıkları sırada somut olaylara uygun ve ayrıca yerine getirilebilir bir hüküm kurabilmek için zorunlu olan ve yargılamayı olasılığı bulunan gelişmeler nedeniyle tehlikeye uğramaktan koruyan bir çeşit yargılama araçlarına öğretide 'koruma tedbirleri' denilmektedir. Genel olarak olayın meydana geldiği zamandaki durumunu birçok bakımlardan olduğu gibi yaşatmaya, yani korumaya yarayan (koruyucu) ve

büküm zamanındaki durumun dabi bukuksal değerini sürdürmeyi amaç güden (önleyici) diye iki bölümde toplanabilen bu tedbirlere, gerek kişi hakları gerekse kamu düzen ve yararı yönlerinden zorunluluk görüldüğünden, bütün ileri ve uygar memleketlerde olduğu gibi memleketimiz usul ve yasa hükümlerinde de yer verilmiş bulunmaktadır.

Yargılama usulleri yönünden sadece bir araç ve dolayısıyla geçici nitelikte olan bu tedbirler gecikme ve değişmeleri önlemek ve ayrıca gerek kişi hakları gerekse kamu düzen ve yararları yönünden bakılı görünmek gibi iki temel koşulun gerçekleşmesi ballerinde uygulanmaktadır..."

Koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükleri her an zedeleyebilecek konunda 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. Söz konusu ilke "elverişlilik", "gereklilik" ve "oranlılık" olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. Elverişlilik unsuru, alınan tedbirin ulaşılmak istenen amaç için uygun olmasını ifade eder. Şayet alınan tedbirin yardımı ile istenilen amaca yaklaşıyorsa araç elverişli; buna karşılık tedbir amaca ulaşmayı güçleştiriyor ya da amaca ulaşma bakımından hiçbir etki göstermiyorsa elverişsizdir. Gereklilik unsuru; güdülen amaca, aynı derecede elverişli birden çok araç arasından birey hak ve özgürlüklerine en az müdahale sonucunu doğuran araçla ulaşmayı ifade eder. Gereklilik unsuru, amaca ulaşmak için elverişli ve yeterli olan en hafif tedbirin alınmasını ve fakat bunun yeterli olmaması halinde aşamalı olarak daha ağır tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar. Daha az sınırlayıcı tedbirin alternatif araç olabilmesi için ulaşılmak istenen amaç bakımından aynı etkiye sahip olması gerekir. Oranlılık unsuru ise ulaşılmak istenen amaç bakımından tedbirden beklenen

fayda ile bu tedbirin uygulanması suretiyle hak ve özgürlüklerine müdahale edilen bireye verilmesi muhtemel zarar arasında, bir başka ifadeyle çatışan menfaatler arasında mukayese yapılmasını, amaç ile araç arasında ölçülü bir oran bulunmasını ifade eder²³.

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 amacıyla ne derece hizmet ettiği tartışılmalıdır.

*"...Yasa koyucu, internet ortamında yapılan yayınlara erişimin engellenmesinin hukuki niteliğini, koruma tedbiri olarak belirlemiştir (İnternet Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele K. M.8/2). Ancak belirtelim ki tedbir, bir delilin korunmasına yönelik olmayıp, suçun işlenmeye devam edilmesinin önlenmesine ve kamunun korunmasına yöneliktir. Bu nedenle, tedbir koruyucu olmaktan çok önleyici niteliktedir"*²⁴

3.3. Hakimler/Savcılar Yasayla Açıkça Yetki Verilmeyen Durumlarda "Koruma Tedbiri" Hukuki Müessesesine Dayanarak İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Kararı Verebilirler mi? Hakim/Savcı Kararı ile Yasada Düzenlenmeyen Bir "Koruma Tedbiri" Yaratılabilir mi?

Koruma tedbirleri, yargı kararı ile kişinin suçlu bulunmasından önce kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır. Temel

²³ Akın Çakın, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Açısından Adli Kontrol", (Çevrimiçi)

http://www.yayin.adalet.gov.tr/30_sayi%20i%C3%A7erik/Ak%C4%B1n%20%C3%87ak%C4%B1n.htm.

²⁴ Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, 2009, s. 297

hak ve özgürlükleri, suçluluğa dair yargı kararından önce çeşitli yollarla sınırlayan bu müessesenin yasayla düzenlenmesi, hukuk devleti olmanın doğal bir sonucudur. Yargıcın ya da savcının, yasada düzenlenmemiş bir koruma tedbirine başvurarak, yasada düzenlenmemiş bir şekilde kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırması, Anayasa'nın, *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"* diyen 13. maddesine de aykırı olacaktır²⁵.

Temel hak ve özgürlüklerin yasa ile sınırlandırılması modern bir hukuk devleti olmanın en önemli şartlarından biridir.

*"Koruma tedbirlerine, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğu için ancak yasal bir dayanak varsa başvurulabilir"*²⁶.

Yukarıda da belirtildiği şekilde, her koruma tedbiri bir temel hak ve özgürlüğü kısıtladığından ceza yargılaması tedbirleri bakımından Anayasada bazı temel kurallara yer verilmiştir. (Örneğin, Anayasa madde 13, 19, 20, 21 ve 22) Bu temel kuralların başında, söz konusu yargılama tedbirlerinin uygulanabilmesi için temel hakların özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabilmeleri, bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı kuralları yer almaktadır. Anayasa ve yargılama yasalarına göre bu önlemlere başvurma konusunda temel yetkili süje olarak ise yargıç yetkili kılınmıştır. Ancak bazı istisnalar dışında gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, bu önlemlere başvurma yetkisi Cumhuriyet Savcısına tanınmıştır. Ancak her halde söz konusu tedbirlere yasada açıkça düzenlenmiş olması şartıyla başvurulabilecektir.

²⁵ Öztürk, a.g.e, s. 382; Centel/Zafer, a.g.e, s. 303

²⁶ Öztürk, a.g.e, s. 382; Centel/Zafer, a.g.e, s. 303

4. HUKUK USULÜ BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

4.1. Hukuk Muhakemeleri Usulü İşlemi Olan "İhtiyati Tedbir" Müessesesine Dayanılarak Kişilik Haklarına Saldırı Gerekçesiyle İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesine İlişkin Verilen Kararlarda Hukuk Usulü ve Kişilik Hakları Bakımından Göz Önünde Bulundurulması Gereken İlke ve Esaslar Nelerdir?

İhtiyati tedbir; davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını daha dava sırasında (hatta davadan önce) güvence altına almaya yarayan tedbirlere denir²⁷. Özel Hukukun Birleştirilmesine Yönelik Uluslararası Enstitü UNIDROIT'in (International Institute for the Unification of Private Law) medeni yargılamaya ilişkin yasalara da temel olması amacıyla getirdiği Uluslararası Medeni Yargılama İlkelerine göre²⁸,

"Mahkeme, asıl dava konusuna ilişkin yargılamadaki nihai karar vasıtası ile etkin hukuki korunmayı temin için veya mevcut hukuki durumu muhafaza etmek için veya başka bir şekilde düzenlemek için gerekli ise, bir ihtiyati tedbir kararı verebilir".

Ancak yine bu ilkelere göre, ihtiyati tedbir kararları ölçülülük ilkesine uyacak şekilde verilmelidir²⁹. Ayrıca söz konusu ilkeler; mahkemenin ilgili tarafı önceden dinlemeden ihtiyati tedbir kararı vermesini ancak acil gereklilik durumunda veya üstün bir hukuki menfaat varsa kabul etmektedir³⁰. Bu durumlarda dahi, kendisi

²⁷ Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku*, s. 554.

²⁸ Ali/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure, Çev: Kamil Yıldırım, <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-turkish.pdf>, (07.02.2011 Erişim).

²⁹ Yıldırım, a.g.ç, s. 5

³⁰ Yıldırım, a.g.ç, s. 5

dinlenmeden hakkında ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan kişiye, mümkün olan en kısa zamanda tedbirin uygunluğu hakkında görüş bildirme imkanı tanınması zorunluluğu getirilmiştir³¹.

Aynı şekilde Türk Hukuku'nda da ihtiyati tedbir kararı her halde verilememektedir ve ancak çeşitli şartların sağlanması halinde böyle bir yola başvurulabilmektedir. İhtiyati tedbirlere ilişkin hususlar 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 101-113 maddelerinde düzenlenmiştir.

Medeni Kanun'un kişilik haklarını düzenleyen maddeleriyle ilişkili olarak ve HUMK'un ilgili hükümleri kapsamında verilen ihtiyati tedbir kararları neticesinde de mahkemelerce erişimin engellenmesine hükmedilmektedir.

HUMK'un ilgili maddeleri ihtiyati tedbir kararı verilebilecek bazı halleri saymakla birlikte sınırlı sayı prensibini getirmemiştir. Bunun yerine "sayılan haller dışında da gecikmesinde tehlike olan veya önemli bir zarar oluşacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararın defî için hâkim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir" hükmü getirilmiştir. Böylece yasa koyucu;

- Gecikmesinde sakınca bulunan;
veya
- Gecikmesi halinde önemli zarar oluşacağı hallerde;
ve
- Tehlike veya zararı önlemek için

ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini düzenlemiştir. İhtiyati tedbire ilişkin bir diğer önemli ilke, davanın esasını çözümlenecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğidir³². Zaten aksi durum da hukuk ve tedbir mantığıyla bağdaşmaz.

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

³¹ *Yıldırım, a.g.ç, s. 5*

³² *Kuru, a.g.e, s. 557.*

İhtiyati tedbirin geçiciliği ve yargılama sonucuna ulaşmada araç olarak gidilen bir koruma tedbiri olduğuna ilişkin Anayasa Mahkemesinin 19.07.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 1999/1 E. Ve 2003/1 K. sayılı 13.03.2003 tarihli kararı şu şekildedir:

"Normal yargılama prosedürü içinde maddi ilişkinin açıklığa kavuşturulması ve icrası belirli bir zamana ihtiyaç duymaktadır. Ancak yargılamanın devamı sırasında veya daha önce ortaya çıkan değişik sebeplerden dolayı yargılama ile ulaşılmak istenen sonuçtan uzaklaşılabilir veya elde edilmesi güçleşebilir. Gerek usul, gerekse takip hukuku şekli hukuk dalı olup, belirli prosedürlere, belirli süreler içinde uyulması gerekir. Tabiri caizse hakkını elde etmek için bu yollara başvuran kimsenin derin bir soluğa ihtiyacı vardır. Burada kusur sadece ağır işleyen adalet mekanizmasında değildir. Belirli bir prosedüre ve sürelerle uyulması, tarafların haklarının korunması için bir güvencedir. Çünkü gerçeğe ulaşmak, gerçeği bulmak için kapsamlı bir araştırmaya, dolayısıyla zamana ihtiyaç duyulur. Ancak, öyle şartlar oluşabilir ki, bu prosedüre sıkı sıkıya bağlı kılınması, telafisi imkansız veya güç zararlara sebep olabilir. Özellikle, karşı tarafın ulaşılmak istenen sonucu bertaraf etmek için girişeceği davranışlar sebebiyle yargılamanın sonunda herhangi birşey elde edilmesi bile mümkün olmayabilir. Yargılamanın sonucunun, yargılamaya başlandığı sırada, hatta ondan da önce güvence altına alınması ihtiyacını ortaya çıkarabilir. Bu da ancak, kesin hukuki koruma elde edilinceye kadar geçici hukuki koruma tedbirleriyle sağlanacaktır. Geçici hukuki koruma kötü niyetli davranışlara engel olmak, yargılamanın sonucunun tehlikeye girmesini bertaraf etmek için fiili bir zorunluluk olması yanında, hukuki bir zorunluluktur da. Hukuk devleti içinde sadece hakkın elde edilmesine yönelik yargısal bir yol imkanı sunulmakla kalmayıp, mümkün olduğunca yargılama ile ulaşılmak istenen sonucun da güvence altına alınması gerekir. Hakkın gerçekleşmesine yönelik tüm tedbirler alınmalı, tüm imkanlar kullanılmalıdır. Aksi takdirde elde edilen karar, sadece kâğıt üzerinde kalan bir karar olacaktır..."

Bir diğerk konu da tedbirin derecesine ve sonucuna ilişkindir.

"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." Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1975/3743, K. 1975/7667, T. 16.6.1975.

Bu bağlayıcı karar³³ ile Yargıtay ihtiyati tedbir kararının ölçüsüne ilişkin bir diğerk sınırı da belirlemekte ve bir tarafın kişisel ihtiyacını karşılamasına rağmen pek çok kişinin zarar görmesi ihtimalini bünyesinde barındıran hallerde ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğini belirtmektedir.

³³ *"..Hâkimler de her insan gibi yanılabilirler, usul ve kanuna aykırı olarak karar verebilirler veya verdikleri kararlar taraflar için doyurucu olmayabilir. Bu durum, mahkeme kararlarına karşı mahkemenin kendisine veya başka bir mahkemeye başvurarak bu kararların yeniden incelettirilmesi, bunlardan yanlış olanların bozulması, doğru olanların da doğru olduklarının belirtilmesi ve bunun sonucu olarak doğru kararlar üzerindeki yanlışlık kuşkusunun ortadan kaldırılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Yargıtay, her şeyden önce, bu zorunluluğu karşılamak ereği ile ve özel kanunla kurulmuştur. Anayasada bu niteliğini belirterek Yargıtay'ı Anayasa kurumları arasına almıştır. Bundan başka Yargıtay, ülkede içtihat birliğini de gerçekleştirmektedir; zira, hâkimlerin belli olaylarda uyguladıkları kanunları ve öbür hukuk kurallarını kendi kanunlarına göre başka başka biçimde yorumlanmaları mümkün olduğundan, mahkemelerden, benzeri olaylarda verilecek kararlar arasında çelişmeler olabilmekte ve bu çelişmeler Anayasa'nın 12. maddesiyle tanınan kanun önünde eşitlik ilkesini zedelemekte ve bundan dolayı içtihatlar arasında birlik sağlanması da zorunlu bulunmaktadır.*

Yargıtay'ın, gerek alt mahkemelerin verdikleri kararları denetleme görevini, gerekse hukuk kurallarının yorumlanmasında birliği gerçekleştirme görevini yapabilmesi için, verdiği kararların mahkemeleri bağlayıcı kararlar olması gerekir. Gerçekten, Yargıtay kararlarına bağlayıcı nitelik tanınmayacak olursa, Yargıtay görüşünün benimsenmesi mahkemelerin iradesine bağlı kalacak ve Yargıtay'ın durumu, danışma yoluyla karar veren bir yer olmaktan ileri gitmeyecektir. Oysa ki Anayasa'nın az yukarıda sözü edilen 139. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Yargıtay, Adliye Mahkemelerinden verilmiş kararların ve hükümlerin son inceleme yeridir. Başka deyimle, bu kararları ve hükümleri inceleyerek denetleyerek ve hüküm uygulamalarında görüş birliğini gerçekleştirecek bir yüksek mahkemedir; bir danışma yeri değildir..." Anayasa Mahkemesi Kararı E No: 1967/11, K No: 1968/7, 14.09.1968 Tarih 13001 Sayılı Resmi Gazete.

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

Yukarıda söylenen tüm gerekçelerin ışığında Yargıtay 4. Hukuk Dairesi "erişimin engellenmesi" kararlarının icrasında dayanak yapılan ihtiyati tedbir müessesesinin kullanılmasına ilişkin çok önemli bir "ölçüt" getirmektedir. Bu "ölçüt" uygulanmadığı koşulda bireylerin anayasayla teminat altına alınan haberleşme hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasanın 13. maddesindeki ölçütlere uygun olmadan hukuka aykırı olarak kısıtlanmaktadır.

Yüksek Mahkeme, bu kısıtlama tehlikesinin varlığında dahi böyle bir karar (ihtiyati tedbir niteliğinde erişimin engellenmesi kararı) verilemeyeceğine işaret ederken; bu ölçüt gözetilmeden verilen "erişimin engellenmesi" kararının icrası fiilen bireylerin en temel hak ve özgürlüklerine tecavüz eden bir durumun yaratılmasına neden olmaktadır. Hukuktaki "ölçülülük" ilkesi kullanılmadığı zaman hukuk adına anayasal hak ihlaline varan sonuçların yaratılmasına neden olunmasının en çarpıcı örneği, "ihtiyati tedbir" müessesesi kullanılarak verilen erişimin engellenmesi kararlarıdır. Bu kararların yukarıda belirtilen Yargıtay kararına ve bu kararda belirtilen "ölçülülük" ilkesine açık aykırılığı söz konusudur.

5. KİŞİLİK HAKLARI BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

5.1. İnternet Üzerindeki Kişilik Hakları İhlallerinde Maddi Hukuk Bakımından Medeni Kanun Madde 24 V.D. ile 5651 Sayılı Kanun Madde 9'dan Hangisinin Uygulanması Gerektiğinin "Özel Yasa-Genel Yasa", "Önce Yürürlüğe Giren Düzenleme-Sonra Yürürlüğe Giren Düzenleme" Prensipleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi.

Kişilik hakları anayasal anlamda kendisini özel hayatın gizliliği alanında göstermekte olup Anayasanın 20. maddesine göre "Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." Bu anayasal düzenleme 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir" denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Medeni Kanununun 25. maddesine göre ise "Davacı hakimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sümekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir."

Özel hayatın gizliliği hakkı haberleşme özgürlüğüne müdahale gibi durumlarda ortaya çıkarken birey-birey ilişkileri boyutunda bu hakka yapılan müdahaleler haksız fiil sorumluluğunu da ortaya çıkarmaktadır. Bu anlamda kişilik hakkı ihlali Borçlar Kanunu madde 49 bağlamında da düzenlenmiştir.

İlgili düzenlemelere göre kişilik hakkının ihlal edilmesi durumunda durdurma ve önleme davaları ile birlikte tazminat da talep edilebilecektir.

Nitekim 5651 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde kişilik hakkının internet yoluyla gerçekleşen saldırılar karşısında korunması, Medeni Kanun m. 24 ve Borçlar Kanunu m. 49 yoluyla sağlanmaya çalışılmıştır. Genel karakterli bu düzenlemeler özel düzenlemelerin bulunmadığı her alanda uygulanabilir. Özel düzenlemelerin bulunduğu alanlarda dahi genel düzenlemelerin uygulanması tamamen ortadan kalkmaz. Zira özel düzenlemeleri tamamlamak üzere genel karakterli koruma mekanizmasının devreye girmesi her zaman mümkündür³⁴.

5651 sayılı Kanunun 9. maddesi ise içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı konusuyla ilgilidir. Bu maddeye göre internetteki belli bir içerikten dolayı kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenler, içerik sağlayıcıya ulaşamamaları halinde yer sağlayıcıya internet ortamından veya bizzat başvurarak, kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilirler. 9. maddenin 1. fıkrası, hakkı ihlal edilenlerin cevap vermeyi de talep edebileceğini belirtmektedir. Buna göre kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenler içerik ya da yer sağlayıcılardan aynı hedef kitleye ulaşp aynı etkiyi yapabilmesi için ihlale yol açan içeriğin yayımlandığı web sayfasından bir haftaya kadar yayında kalabilecek biçimde kendi cevaplarının yayınlanmasını isteyebilirler³⁵.

Açıklandığı üzere internet yoluyla işlenen kişilik hakkı ihlalleri ile ilgili ihtiyati tedbir yoluna gidilebilmekte iken 5651 sayılı Kanunun 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

³⁴ Zabit İmre, "Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması", Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.799, 831; Sibel Özel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2004, s.168; İnternet rejimine ilişkin özel düzenleme bulunmadığı için internet üzerinden yapılan yayının durdurulmasına karar verilemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararı ve bu kararın baklı eleştirisi için bkz: Murat Doğan, "İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası", EÜHFD, C.VII, S.1-2, 2003, s.387 vd.

³⁵ Yaman Akdeniz/Kerem Altıparmak, İnternet: Girilmesi Tebligeli ve Yasaktır, Türkiye'de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme, Kasım 2008, s. 23.

açıklık getirilmemiştir. Bu nedenle uygulamada kişilik hakkı ihlalleri ile ilgili taleplerin yetkili hukuk mahkemelerinde ihtiyati tedbir yoluyla mı yoksa 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca ceza mahkemelerinde mi ileri sürüleceği sorunu yaşanmaktadır.

Bu noktada ise 9. madde kapsamında sadece ihlale ilişkin içeriğin yayından çıkarılması ve yayındaki kapsamdan fazla olmamak üzere hazırlanan cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayınlanması talep edilebilirken bu maddeye dayanarak erişimi engelleme kararı verilemeyeceği zira engellenenin ancak 8. maddede sınırlı olarak sayılan suçlar açısından uygulanabileceği belirtilmelidir. Dolayısıyla bu kanunun yürürlüğe girmesiyle, kişilik hakkı ihlal edilenler erişimin engellenmesini değil ihlale yol açtığı ileri sürülen içeriğin kaldırılmasını talep edebileceklerdir.

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

Bu kapsamda 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.

Zira Danıştay'ın 1987/3 E., 1988/1 K. sayılı, 11.02.1988 T. kararında da, "Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunundaki anılan 24. madde hükmü, özel ve sonraki bir kanun, Emlak Vergisi Kanunundaki anılan 22. madde hükmü ise, genel ve önceki bir kanundur. Özel ve sonraki kanun hükmünün genel ve önceki kanun hükmü yerine uygulanması gerektiği, yolundaki hukuk ilkesi karşısında, Emlak

Vergisi muafiyetinin nasıl düzenleneceği konusundaki her iki kanundan, özel ve sonraki kanun olan Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunundaki anılan 24. madde hükmünün uygulanması gerekecektir" biçiminde belirtilmek suretiyle, bu hususun, bir "hukuk ilkesi" olduğu ve daha sonra yürürlüğe giren özel yasanın hükümlerinin uygulanacağı vurgulanmıştır.

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

6. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU BAKIMINDAN İNTERNET SİTELERİNİN ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

6.1. FSEK Ek Madde 4'de Belirtilmesine Rağmen Aynı Yasada Tanımlanmamış Olan "Servis Sağlayıcı" ve "Bilgi İçerik Sağlayıcı" Kavramları, Yasa Koyucunun İradesini Gerekçelendirdiği Mehaz Direktif İçerisinde Tanımlanmış Olan Søjelerin Hangisi/Hangilerine Karşılık Gelmektedir?

Mevzuatımızda 5651 sayılı Kanun'dan başka erişimin engellenmesine dair özel bir hüküm içeren ikinci yasa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'dur. Esasen söz konusu yasadaki düzenleme, tarih itibariyle 5651 sayılı Kanun'dan öncedir. FSEK madde 4'e bakıldığında maddede internet ve erişimin engellenmesi terimlerinin kullanılmadığı, sije olarak servis sağlayıcı ve bilgi içerik sağlayıcıdan söz edildiği görülmektedir. Bununla birlikte maddedeki dijital iletimi 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 fikri 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 sayfayla sınırlı uygulanmalı sitenin tamamını kapsamamalıdır.

FSEK Ek madde 4, servis ve bilgi içerik sağlayıcılardan bahsetmiş, ancak bunları tanımlamamıştır. Farklı servis sağlayıcı tanımlarının yapılması mümkündür. Ayrıca uygulamada teknik gerekliliklerden dolayı servis sağlayıcı ve içerik sağlayıcının aynı süreyi ifade etmesi gereken durumlar da söz konusu olabilir.

Hukuki sorumluluğun belirlenmesi, uyar-kaldır (notice and take down) sisteminin etkili bir biçimde işleyebilmesi ve sorumluluk sahibi süjenin tespit edilmesi amacıyla süjenin tanımlanması son derece önemlidir.

FSEK Ek Madde 4'e göre,

"Dijital iletim de dâhil 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 ihlâlle 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 ihlâlle 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."

Diğer yandan, internet üzerindeki fikir hakları ihlallerine uygun düşmemekle birlikte, 5651 sayılı Kanuna göre;

"İçerik sağlayıcı: Bilişim ağı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri",

"Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri" ve

"Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri" ifade etmek için kullanılmıştır.

Mehaz direktifin de "servis sağlayıcı" tanımlaması 5651 sayılı Kanun ile benzer niteliktedir. Ancak mehaz direktif "İnternet Servis Sağlayıcıyı", önce sağlanan servisi tanımlamak yoluyla yapmıştır.

Mehaz direktife³⁶ göre sağlanan servis; *"Uzak mesafeden (tarafların fiziki olarak karşılıklı olmadığı), elektronik vasıtalarla (dijital sıkıştırma, kablo hattı aracılığıyla aktarma ve radyo, diğer optik ve elektromanyetik vasıtalar gibi elektronik araçları kullanarak) alıcının servis talebi (veri servisi alacak olan kişinin isteği ile yollanır) neticesinde sağlanan ve karşılığı olan her türlü hizmettir"*³⁷. Bir sonraki maddede de bu servisi sağlayan süreyi servis sağlayıcı olarak tanımlamıştır.

³⁶ 22 Mayıs 2001 tarihli 2001/29/AT sayılı Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Parlamentosu Direktifi

³⁷ "...any services provided for remuneration, at a distance (parties are not simultaneously present), by electronic means (through the use of electronic equipment, including digital compression, conveyed and received by wire, by radio, by optical means or by other electromagnetic means) and at the recipient's request for service (data is transmitted upon the individual's request)"

6.2. FSEK Ek Madde 4'de Düzenlenen Durumla İlgili, Yasa Koyucunun İradesini Gerekçelendirdiği Mehaz Direktif Uygulaması Ne Şekildedir? Mehaz Direktif Uygulaması ile Mevcut FSEK Ek Madde 4 Uygulaması Paralel midir? Hangi Noktalarda Ayrılmaktadır?

FSEK Ek madde 4'de düzenlenen uyar-kaldır sistemi, mehaz direktif uygulaması ile farklılıklar göstermektedir.

Mevcut FSEK Ek madde 4 uygulaması uyarınca, iki aşamalı bir sistem getirilmiştir:

- İlk aşamada, bilgi içerik sağlayıcı, haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserleri içerikten çıkarır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlê durdurulmasını ister (Ancak burada hak sahibinin içerik sağlayıcısına yapacağı uyarının usulü ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır).
- İkinci aşamada söz konusu ihlalin devam etmesi halinde, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir.

Ayrıca her ne kadar yasanın lafzında ve bu maddeye ilişkin verilmiş idari cezaların metninde bu uygulamada içerik sağlayıcıya sağlanan servis hizmetinin durdurulduğu belirtiliyorsa da, aslında bu içerik sağlayıcıya ulaşan bireylerin erişiminin engellenmesi yöntemiyle ihlale son verilmektedir.

Böylece görüldüğü üzere, FSEK uygulamasında servis sağlayıcı, herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın web sayfasını kaldırabilmekte veya kısmen bloke edebilmektedir. Oysa bu durum, raporun önceki problematiklerinde de ayrıntılı bir biçimde incelenen düşünce açıklama özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü ile çelişmektedir.

Avrupa Birliğinin Elektronik Ticaret Direktifi'nin 14. maddesinin 1. paragrafının b fıkrası, bu sisteme dayanak teşkil etmektedir. Yalnız buradaki düzenlemeler bütün bilgi çeşitlerini kapsamaktadır ve ayrıca özel bir kural da getirmemektedir. Örneğin, Finlandiya tarafından "uyar ve kaldır" sistemi, sadece fikri hak ihlalleri ile sınırlı olarak iç hukuka aktarılmıştır. Finlandiya'da meslek birlikleri, internet ortamında özellikle web sayfalarında illegal müzik sunumlarına karşı telekomünikasyon kuruluşu ile belirli anlaşmalar yapmaktadır. Fin telekomünikasyon kuruluşu olan Sonera ve müzisyen, yazar ve müzik yapımcılarının meslek birliği olan Teosto arasında yapılan bu anlaşmaya göre fikrî hak ihlalleri önlenecektir.

Diğer üye ülkeler ise söz konusu uyar-kaldır sistemini ilgili tarafların kendi iradelerine bırakmıştır.

Fikri Haklar ve Komşu Haklar hakkındaki 2001/29/AB Direktifi, üye ülkelere, hak sahiplerinin, fikri haklar ve komşu haklarının ihlal edilmesinde, hizmetlerini kullandıkları araçılara, yani servis sağlayıcılara, belirli şartlar altında başvurabilmelerini temin etme yükümlülüğü getirmektedir. Bundan başka komisyon, fikri hakların ve komşu hakların güçlendirilmesi için müdahalenin meni davası açmak da dâhil olmak üzere üye ülkelere, hak sahiplerine uygun hukuki enstrümanların sağlanması yükümlülüğünün getirilmesini önermektedir. Fakat burada diğer menfaat grupları arasında denge sağlanması ve özellikle düşünce özgürlüğü gibi haklara uyulması da vurgulanmaktadır.

6.3. FSEK Ek Madde 4'de Savcıya Tanınmış Olan Yetkileri Hakim ve/veya Ceza Mahkemeleri Kullanabilir mi? Savcılık Makamı İşlemlerini Yargıçlar veya Mahkemeler Yerine Getirebilir mi?

FSEK Ek Madde 4'e göre savcının vereceği karar adli değil idari karar niteliğindedir.

Kabahatler Kanunu Madde 23'e göre; "Cumhuriyet Savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararına vermeye yetkilidir."

Hak ihlalinde içerik kaldırılmadığı takdirde hak ihlaline uğrayan mağdurun sadece bir iddiaya dayanarak Cumhuriyet Savcılığına başvurusu 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. Böyle bir durumda sadece hak sahiplerinin iddiaları üzerine Cumhuriyet Savcısının karar vermesi doğru değildir. Diğer ülke uygulamalarında olduğu gibi meslek birliklerinin devrede olması çok önemlidir.

Savcının görevi gereği vereceği idari bir karar yargısal faaliyet haline getiren FSEK Ek madde 4'te, ek olarak da yanlış bir karar verilmesi halinde savcının da sorumluluğuna gidilmesi veya üst bir mercii yolunun açık olması gerekmektedir.

Savcılarının hizmet kusurları halinde kendilerine doğrudan dava açılmaz; ancak zararlar, Adalet Bakanlığı'ndan tam yargı davası ile istenebilir. Ayrıca "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" başlıklı 09.02.2011 tarih ve 6110 sayılı Yasanın 12. maddesi ile 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na eklenen 93/A maddesinde, "kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz" hükmü getirilerek bu kişilere karşı açılacak her türlü davanın Adalet Bakanlığı aleyhine tam yargı davası olarak açılması düzenlenmiştir.

Diğer yandan servis sağlayıcıya sağlanan hizmetin durdurulmasından dolayı zarara uğrayan kişilerin tespiti bakımından da güçlük vardır. Zira, buradaki hak sahibi geniş yorumlandığı takdirde, söz konusu bilgi içerik sağlayıcıya ulaşan kişilerin daha önce de belirtilen düşünce açıklama özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü kapsamında hakları ihlal edilmiş kişiler konumuna gelmesi söz konusudur.

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

SONUÇLAR

Yukarıda Belirlenen İlkeler Doğrultusunda,
İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin
Engellenmesi Kararlarının Yukarıda Belirlenen
Hukuki Müessese Unsurlarına Aykırı Olarak
Verilmesi Durumunda Söz Konusu Kararların
Hukuki Durumu Ne Olacaktır?

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.

Belirtmek gerekir ki, bir ülkede belirli konuların mevzuatta düzenlenmiş olması, söz konusu hükümlerin o ülkede geçerli olduğu anlamına gelmemektedir. Konuların mevzuatta düzenlenmesi bunların gerçekleştirilmesi için atılması gereken ilk adım olsa da, sonuç olarak, düzenlenmiş bulunan konulara pratikte yer verilmediği durumda bu düzenlemelerin de anlamları kalmamaktadır.

"Son yıllarda en totaliter ülkeler dahi, küreselleşmenin bir sonucu olarak, insan haklarına kayıtsız kalamamakta; bunlara yasalarında hatta anayasalarında yer vermek durumunda kalmakta ve fakat söz konusu hakları uygulamada gereği gibi veya hiç kullandırmamaktadırlar. Bu nedenle hukuk devletinin ölçüsü insan haklarına sadece mevzuatta yer vermek değil, bunları uygulamada gerçekleştirmektir. Bir devlet, insan haklarını uygulamada gerçekleştirdiği oranda hukuk devletidir"³⁸.

³⁸ Bkz: Öztürk, a.g.e., s. 106

İnternet Sitelerine Bireylerin Erişiminin Engellenmesi Kararlarının Yukarıda Belirlenen Hukuki Müesseselerin Unsurlarına Aykırı Olarak Verilmesi Durumunda Kimler Hangi Yargısal Yollara Başvurabilir?

Hukukumuzda, istisnaları olsa da, kural olarak ilk derece mahkemelerinin vermiş oldukları nihai kararlar temyiz edilebilmektedir. Temyizin en önemli şartlarından biri, temyize ancak davanın taraflarının başvurabilmesidir. Davanın tarafı olmayan kişiler, ilgili eylemden zarar görmüş olsalar dahi temyiz yoluna başvuramayacaklardır. Yukarıda da değinildiği üzere, ifade özgürlüğü hem ifade edenin, hem de o ifadenin yöneldiği kişilerin özgürlüğüdür. Bu yüzden internet sitelerine erişimin engellenmesinde, hem içeriğe erişimi 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, ülkemizin 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 ön şartlardan biri de iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Bir başka deyişle, internet sitelerine erişimin engellenmesi konusu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülebilse de, bunun için birinci derece yargılamasından sonra şartları varsa, temyiz, olağanüstü yasa yolları gibi yollara gidilmiş olması ve bunların tüketilmesi gerekmektedir.

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 bize göre itirazın yapılmasıyla iç hukuk yollarının tüketilmesi anlamına gelmekte ve AİHM'e başvuru için gerekli şartın oluşmasına yol açmaktadır. Bu başvuruların yapılması neticesinde ülkemiz aleyhine çıkan ve 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 olumsuz yönde etkilemektedir.

KAYNAKÇA

Çakın, Akın. **“Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Açısından Adli Kontrol”**, (Çevrimiçi)
http://www.yayin.adalet.gov.tr/30_sayi%20i%C3%A7erik/Ak%C4%B1n%20%C3%87ak%C4%B1n.htm.

Dülger, Murat Volkan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Düşünce Özgürlüğü**, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2004.

Dülger, Murat Volkan. **İnternet İletişiminin Engellenmesi Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Yasayla Getirilen Düzenleme**, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 4, Temmuz – Ağustos 2004.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü**, Kitle İletişim Özgürlüğü Baro Gündemi Dergisi Eki, Şubat 1999.

Gözübüyük, Şeref ve Akıllıoğlu, Tekin. **Yönetim Hukuku**, 6. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 1993.

Kaneti, Selim. **Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuktaki Etkileri**, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg6/selim.pdf (07.02.2011 Erişim)

Kaneti, Selim. **Çatışan Değerlerin Tartılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu, Ankara, 1978.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Ankara, 2008.

Koca, Mahmut. **Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi**, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-2/PDF/koca4.pdf> (07.02.2011 Erişim)

Nart, Serdar. **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu** (Hakkaniyet Sorumluluğu), Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2007.

ÖZAY İlhan. **Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri**, Anayasa Yargısı, Sayı 19, Antalya, 2002.

Öztürk, Bahri. **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.

Şahin, Kemal. **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü Gerekçeleri ve Sınırları**, İstanbul, 2009.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi. **Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2009.

TUSIAD
40.YIL

T B V