



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

AHMET YILDIRIM v. TÜRKİYE

(Başvuru no. 3111/10)

KARAR

STRAZBURG

18 Aralık 2012

Bu karar AİHS'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

Ahmet Yıldırım v. Türkiye davasında,

Başkan

Guido Raimondi,

Yargıçlar

Danute Jociene,

Dragoljube Popovic,

Andras Sajó,

Işıl Karakaş,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller,

ve *Daire yazı işleri müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Dairesi) heyeti yapılan müzakereler sonrasında 20 Kasım 2012 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (3111/10 no'lu) dava, Türk vatandaşı Ahmet Yıldırım'ın (başvuran) 12 Ocak 2010 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurudan ibarettir.

2. Başvuran, İzmir'de görev yapan avukatlar A. Kaymak tarafından temsil edilmektedir. Türk Hükümeti (Hükümet) ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmektedir.

3. Başvuran özellikle ulusal makamlarca uygulanan kendi internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararının Sözleşme'nin 6, 7, 10, 13 ve 1 nolu Ek Protokol'ün 2. maddeleriyle güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

4. Başvuru 31 Ocak 2011 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir/tebliğ edilmiştir. Ayrıca, Sözleşme'nin 29. maddesinin 1. fıkrası hükümlerince, Daire'nin bu şikâyetlerin kabul edilebilirliği ve esası hakkında birlikte karar vereceği bildirilmiştir.

5. Başvuran yazılı ek görüşlerini sunmuştur (İçtüzüğün 59. maddesinin 1. fıkrası). Mahkeme Başkanının yazılı usulde müdahil olma izni verdiği *Open Society Justice*

Initiative'in (Açık Toplum Adalet Girişimi)nin de yorumları alınmıştır (Sözleşme'nin 36. maddesinin 2. fıkrası ile İçtüzüğü'nün 44. maddesinin 2. fıkrası).

OLAY VE OLGULAR

1. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuran 1983 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedir.

7. Başvuran, akademik çalışmaları ile çeşitli alanlardaki yorumlarını yayımladığı <http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic/> internet sitesinin sahibi ve kullanıcısıdır. Bu site, Google'ın site modülü ve web sitelerinin yer sağlayıcısı durumunda bulunan "Google Sites" (<http://sites.google.com/>) adlı internet sitesi kullanılarak kurulmuştur.

8. Denizli Sulh Ceza Mahkemesi 23 Haziran 2009 tarihinde, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi gereğince, <http://sites.google.com/site/kemalizminkarinagrisi/benimhikayem/atauerk-koessi/at> (metinde "ihtilaf konusu site" olarak anılacaktır) isimli internet sitesi hakkında erişime engelleme kararı vermiştir. Bu karar, Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret içerikli ifadelerin bulunduğu sitenin sahibine karşı yürütülen ceza soruşturması çerçevesinde verilmiş olan bir tedbir kararı niteliği taşımaktadır.

9. Mahkemenin vermiş olduğu internete erişimin engellenmesi kararının bir örneği, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 3. fıkrası gereğince, aynı gün, icrası için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (metinde "TİB" olarak anılacaktır) tebliğ edilmiştir.

10. Denizli Sulh Ceza Mahkemesi, TİB'nin talebi üzerine 24 Haziran 2009 tarihinde, 23 Haziran tarihli kararını düzeltmiş ve 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince Google Sites isimli yer sağlayıcısı siteye erişimin tamamen engellenmesine karar vermiştir. TİB bu talebinin, ihtilaf konusu siteye erişimin engellenmesini sağlayacak tek teknik yol olduğunu, zira sitenin sahibinin yer sağlayıcısından alınan faaliyet belgesine sahip olmadığını ve yurt dışında yaşadığını belirtmiştir.

11. TİB, 24 Haziran 2009 tarihli kararı uygulayarak Google Sites isimli yer sağlayıcı siteye erişimi tamamen engellemiştir. Bu nedenle, başvuranın kendi internet sitesine erişimi imkânsız hale gelmiş ve bu amaçla yaptığı tüm itiraz girişimleri

mahkemenin verdiği internete erişimin engellenmesi kararı nedeniyle sonuçsuz kalmıştır.

12. Başvuran 1 Temmuz 2009 tarihinde, 24 Haziran 2009 tarihli internete erişimin engellenmesi kararına itiraz etmiş ve sitesini genellikle akademik çalışmalarını ve çeşitli alanlardaki yorumlarını yayınlamak için kullandığını ve illegal içeriğin bulunması nedeniyle erişimi engellenen siteyle hiçbir ilgisi olmadığı halde tedbir kararının, söz konusu siteye erişimin tamamen engellenmesi amacıyla verildiğini iddia ederek, kendi sitesini de ilgilendiren/etkileyen bu tedbir kararının kaldırılmasını talep etmiştir. Başvuran özellikle diğer internet sitelerinin söz konusu tedbir kararından etkilenmesini önlemek amacıyla, yalnızca ihtilaf konusu siteye erişimi engelleyen bir yöntem seçilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Başvuran bu bağlamda, URL erişim engelleme tedbirini örnek göstermiştir.

Sitesine (<http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic/>) erişmek istediğinde görünen web sayfasının bir örneğini talebine dayanak olarak mahkemeye sunmuştur. Bu sayfada aşağıdaki ibare yer almaktaydı:

“Denizli Sulh Ceza Mahkemesi’nin, koruma tedbiri kapsamında bu internet sitesi (sites.google.com) hakkında verdiği 24 Haziran 2009 tarihli karar Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nca uygulanmaktadır.”

13. Denizli Asliye Ceza Mahkemesi 13 Temmuz 2009 tarihinde başvuranın talebini reddetmiştir. TİB’in bu anlamdaki bir görüşüne atıfta bulunarak, erişim engellenmesi kararına uygun olarak, ihtilaf konusu siteye erişimin engellenmesini sağlayacak tek yolun, suç teşkil eden yayını sağlayan <http://sites.google.com> adlı internet sayfasına erişimin engellenmesi olduğu kanaatine varmıştır.

14. Başvuran Yıldırım, ihtilaf konusu sitenin sahibi aleyhine yürütölen ceza soruşturması sonucunda, yurt dışında ikamet eden sanığın adres ve kimliğinin tespit edilememesi gerekçesiyle, bildiği kadarıyla, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesine rağmen halen sahibi olduğu internet sitesine erişemediğini Nisan 2012 tarihli mektubuyla AİHM’e bildirmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI

A. 4 Mayıs 2007 tarihli 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

15. 5651 sayılı Kanunun ilgili bölümleri şu şekildedir:

“2. madde

Tanımlar

- 1) Bu Kanunun uygulamasında;
(...)
e) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,
f) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,
(...)
ğ) İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri,
(...)
l) Yayın: İnternet ortamında yapılan yayını,
(...)
ifade eder.

4. madde

İçerik sağlayıcının sorumluluğu

- 1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.
- 2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. (...)

5. madde

Yer sağlayıcının yükümlülükleri

- 1) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.
- 2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür.

6. madde

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

- 1) Erişim sağlayıcı;
 - a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle,
 - (...)
 - 2) Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.
 - (...)

8. madde

Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

- 1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlara ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:
 - a) (...) Türk Ceza Kanununda yer alan;
 - 1) İntihara yönlendirme (madde 84),
 - 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),
 - 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),
 - 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),
 - 5) Müstehcenlik (madde 226),
 - 6) Fuhuş (madde 227),
 - 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),
 - suçları.
 - b) (...) Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.
- 2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.
- 3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.
- 4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsan bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.
- 5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmi dört saat içinde yerine getirilir.
- 6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.
- 7) Soruşturma sonucunda kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. (...)

- 8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. (...)
- 9) (...) suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı (...) kaldırılır.”

16. 3 Temmuz 2005 tarihinde 5397 sayılı kanunla değiştirilen 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7. maddesiyle, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kurulmuştur. İdari makam olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı özellikle telekomünikasyon araçlarıyla yayımlanan haberleri kaydetmek ve denetlemekle görevlidir.

17. Uygulamada, bir mahkeme belirli bir internet sitesine erişimi engelleme kararı verdiğinde, TİB, bu tedbir kararını icra etmekle yükümlüdür. Yayınların içeriğini sağlayan kimsenin veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde, TİB, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 3. ve 4. fıkraları gereğince ihtilaf konusu siteye erişimi tamamen engelleyebilir. Erişimin engellenmesi kararı kabul edildiğinde, bu yalnızca ceza soruşturmasına konu olan siteye erişimi değil, internet alanının içeriğinin tümüne de erişim engelleme riski taşımaktadır. “blogspot.com”, “blogger.com”, “Google groups”, “myspace.com” hatta “youtube.com” gibi internet alanları hakkında, bu alanlar kapsamında açılan siteler nedeniyle uzun süre boyunca erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararı verilmiştir.

18. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen “yayın” kavramı aynı zamanda doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bazılarına göre, “internet ortamında yapılan yayın” kavramının “internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verilerin” kastedildiği ğ) bendi ile , “yayın kelimesi ile internet ortamında yapılan yayın [ifade etmektedir]” ibaresinin yer aldığı aynı maddenin l) bendi arasında çelişki bulunmaktadır. Aslında sorun, internet ortamındaki her türlü veriye uygulanabilir nitelikte olan “internet ortamında yer alan ve içeriğine ulaşılabilir veriler”e atıfta bulunulmasından kaynaklanmaktadır.

III. ULUSLAR ARASI HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

A. Avrupa Konseyi

1. Siber Suç Sözleşmesi

19. 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren Siber Suç Sözleşmesi (STE no.185), Avrupa Konseyi üyesi devletler, Kanada, Japonya, Güney Afrika ve ABD tarafından onaylanmıştır. Sözleşme, siber suçtan kaynaklanan çeşitli suç türlerini öngörmektedir: bilgisayar veri ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlüğüne ve kullanıma açık bulunmasına yönelik suçlar, bilgisayarla ilişkili sahtecilik ve sahtekârlık suçları, içerikle ilgili özellikle çocuk pornografisiyle ilişkili suçlar ve telif haklarının ve benzer hakların ihlaline ilişkin suçlar (Bölüm II, Kısım 1, 1 ila 4. başlıklar).

2. Bakanlar Komitesi

a. CM (2005)56 Final Sayılı Bildirgesi

20. Bilgi Toplumunda İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Hakkında Bakanlar Komitesi Bildirgesi'nin (CM (2005)56 final, 13 Mayıs 2005) giriş bölümünde, “[bilgi ve iletişim teknolojilerine (BİT)] sınırlı erişim ya da erişim imkânının bulunmaması, kişileri, temel haklarını tam olarak kullanma olanağından mahrum bırakabilir” ifadesine yer verilmiştir. Bu bildirgenin “Bilgi Toplumunda İnsan Hakları” başlıklı birinci bölümünde şu ifadelere yer verilmiştir:

"1. İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğü hakkı

BİT herkese ifade özgürlüğünü kullanabileceği emsalsiz olanaklar sağlamaktadır. İletişim ve bilgi teknolojileri aynı zamanda bu özgürlüğe devlet ve özel sansür gibi birçok ciddi meydan okuma vaziyetindedir.

İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğüne elektronik ortamda, elektronik olmayan ortamda olduğu gibi saygı gösterilmelidir ve AİHS madde 10'da belirtilen sınırlama nedenlerinden başka bir sınırlandırmanın konusu olmamalıdır. Yani sadece elektronik ortamda bulunduğundan bahisle sınırlandırma yapılmamalıdır.

İfade özgürlüğünün temini için, üye devletler, ırkçılık, ırk ayrımcılığı ve çocuk pornografisi gibi yasal olmayan içerikle mücadele için BİT yolu ile ona bağlı olarak işlenen suçlara eşit olarak uygulanabilecek ulusal düzenlemeleri sağlamalıdır.

Üye devletler, devlet ve özel sansüre engel olmak için yasal ve uygulanabilir önlemleri sağlamalı ve geliştirmelidir.(...)"

b. 28 Mayıs 2003 tarihli Bildirge

21. Bakanlar Delegeleri'nin 840. toplantısında, Bakanlar Komitesi tarafından 28 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilen “İnternette İletişim Özgürlüğü Bildirgesi”nin giriş

bölümünde, ülke sınırlarına bakılmaksızın, internet üzerindeki iletişimlerin *a priori* kontrolünün bir istisna olarak kalması ve internete kişisel erişimin önündeki engellerin ortadan kaldırılması gerektiği ifade edilmiştir. Bildirgede özellikle aşağıdaki ilkeler belirtilmiştir:

“(…)

İlke 1 – İnternet için içerik kuralları

Üye devletler, internet içeriğine, diğer içerik dağıtım araçlarına getirilen düzenlemelerin ötesinde bir sınırlama getirmemelidirler.

(…)

İlke 3 – Öncelikli devlet kontrolünün yokluğu

Kamu makamları, ulusal sınırlara bakmaksızın, genel sınırlandırma ya da filtreleme tedbirleri açısından, kamunun internette bilgiye ya da diğer iletişime erişimini yoksun bırakmamalıdır. Bu durum, küçüklerin korunması bakımından, okullar ve kütüphaneler gibi özellikle küçüklerin erişimine açık yerlerde küçüklerin korunması için filtrelemelere engel değildir.

AİHS 10. maddesi 2. paragrafındaki koruyucu hükümlere uyulması şartıyla, yetkili ulusal otoritelerin internet içeriğinin yasa dışılığı hakkında geçici veya nihai bir karar almış olmaları halinde, bu açıkça belirlenebilir internet içeriğinin kaldırılmasını veya alternatif olarak bu içeriğe erişimin önlenmesine zorlayıcı tedbirler alabilirler.

(…)”

22. Bildirgenin açıklayıcı notunda, 3. ilke şu şekilde yorumlanmaktadır:

“Öncelikli devlet kontrolünün yokluğu

Bu ilke, kamunun internette arayabilecekleriyle ilgili olarak öncelikli devlet kontrolünün bulunmamasının öneminin altını çizmektedir. Esasen bazı ülkelerin politik nedenlerden dolayı, halkın, ulusal ya da yabancı bazı sitelerin içeriğine erişimini engelleme eğilimi vardır. Bu uygulama ile öncelikli devlet kontrolüne benzer tüm uygulamalar kesin biçimde yasaklanmalıydı.

Devletler, istenmeyen içeriklere erişimi engellemeyi amaçlayan geniş tedbirlere başvurmaları gerekmemesine rağmen, küçüklerin korunmasını sağlamak söz konusu olduğunda istisnaların uygulanmasına müsaade edilmelidir. Küçükler, örneğin okul ya da kütüphanelerde internete eriştiklerinde, kamu makamları zararlı içeriğe erişimi engellemek amacıyla bilgisayarlara filtre yerleştirilmesini talep edebilirler.

Öncelikli devlet kontrolünün yokluğu, internette bir içeriğin kaldırılmasını ya da yetkili ulusal makamların, yalnızca ceza hukuku bakımından değil medeni hukuk ya da idare hukuku gibi diğer hukuk dalları bakımından da yasadışı niteliği hakkında geçici veya nihai bir kararla bu içeriğe erişimi engellemek amacıyla bazı tedbirlerin alınabileceğini elbette reddetmemektedir. Bu durumlarda internet ortamında yasadışı bir içeriği yayınlamama yönünde talimatlar söz konusu olacaktır. Bir tür öncelikli kontrolü gerektirebilecek tedbirler, AİHS’nin 10. maddesi 2.

paragrafındaki hükümlere uygun olmalıdır ve açıkça belirlenebilir internet içeriğini hedeflemelidir.”

c. CM/Rec(2007)16 nolu Tavsiye Kararı

23. Bakanlar Komitesi 2007 yılında, İnternetin Kamu Hizmeti Değerinin Artırılması İçin Önlemler Hakkında CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararını kabul etmiştir. İnternete erişebilirlik ile izin verilen kısıtlamalar konusundaki sorunlar, sırasıyla “Giriş” ve “Açılış” başlıklı ikinci ve üçüncü bölümlerde örtülü biçimde belirtilmektedir.

d. CM/Rec(2007)11 nolu Tavsiye Kararı

24. Bakanlar Komitesi yine 2007 yılında, Yeni Bilgi ve İletişim Ortamında İfade Özgürlüğünün Geliştirilmesi Hakkında CM/Rec(2007)11 sayılı Tavsiye Kararını da kabul etmiştir.

e. CM/Rec(2008)6 nolu Tavsiye Kararı

25. Bakanlar Komitesi 2008 yılında CM/Rec(2008)6 sayılı Tavsiye Kararını da kabul etmiştir. Bu tavsiye kararının ek bölümünde, haber alma-verme ve ifade özgürlüğünü uygulamak ve bu özgürlüğe tam olarak sahip olmak için internet filtrelerinin kullanımı ve denetimi hakkında yönergeler açıklanmaktadır.

f. CM/Rec(2012)3 nolu Tavsiye Kararı

26. Bakanlar Komitesi 4 Nisan 2012 tarihinde, Arama Motorlarında İnsan Haklarının Korunması Hakkında CM/Rec(2012)3 sayılı Tavsiye Kararını kabul etmiştir. Bu bildirgenin 1. paragrafında şu kısmın altı çizilmektedir: “arama motorları kamuya, dünya çapında bilgi, haber, görüş ve diğer içerikleri arama, elde etme ve iletme, özellikle bilgiye erişme, tartışmalarda yer alma ve demokratik süreçlere katılma imkânı vermektedir”.

B. Avrupa Birliği

a. 2008/2160 (INI) nolu Tavsiye Kararı

27. Avrupa Parlamentosu tarafından 26 Mart 2009 tarihinde kabul edilen 2008/2160 (INI) nolu Tavsiye Kararında, devletlerin, internete tam ve güvenli bir şekilde erişimi kapsayan bilgi demokrasisinin oluşturulmasını amaçlayan çalışmalara katılmaları açıkça öngörülmektedir. Böylece Parlamento, Hükümet tarafından

uygulanan ve internet sitelerinde aranabilen içeriğe ilişkin sansürün yasaklanmasını tavsiye etmektedir. Aynı zamanda üye devletleri, “ifade özgürlüğünün tüm yönlerinde caydırıcı bir etki oluşturabilecek idari ya da yasal her türlü tedbirden kaçınmaya ve özel ve/veya kamu çevresinden gelen keyfi kısıtlamalara ifade özgürlüğünün tabi tutulmamasını güvence altına almaya” davet etmektedir.

**b. *Scarlet Extended SA v. Belçika Besteciler ve Editörler Derneği* davası
(Avrupa Birliği Adalet Divanı)**

28. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), fikri mülkiyet haklarına zarar verebilecek her türlü faaliyeti engellemek ve daimi bir kontrol uygulamak amacıyla Belçikalı bir internet hizmet sağlayıcısına, yazılım kurulmasını talep ederek, Belçika mahkemesinin bu yöndeki emrine ilişkin ön mesele hakkındaki C-70/10 sayılı davayı incelemiştir.

29. ABAD 24 Kasım 2011 tarihli kararla fikri mülkiyet hakları sahiplerinin, hizmetleri üçüncü kişiler tarafından haklarını ihlal etmek amacıyla kullanılan araçlar hakkında bir karar alınmasını ve emirlerin usul özelliklerinin ulusal hukukla ilgili olmasını talep edebileceklerini hatırlatmıştır. Oysa bu ulusal kuralların, Avrupa Birliği hukukundan doğan kısıtlamalara, özellikle ulusal makamların, internet erişim sağlayıcısına, kendi ağı üzerinde iletilen bilgileri genel olarak denetleme konusunda yükümlülük veren tedbirleri kabul etmelerinin gerekmediğini belirten elektronik ticaret konusundaki 2000/31/CE sayılı Direktifi’nde öngörülen yasaklamalara riayet etmesi gerekmekteydi. Dolayısıyla erişim sağlayıcısını böyle bir filtreleme sistemi kurmaya zorlayan bu tür bir emir, bir yandan fikri mülkiyet hakkı ile ticaret özgürlüğü arasında, diğer yandan da kişisel verilerin korunması hakkı ve bilgi alışverişi özgürlüğü arasındaki menfaatler dengesinin hakkaniyetli biçimde sağlanması koşulunu karşılamayabilmektedir. Bu bağlamda ABAD, bir internet erişim sağlayıcısına, koruma önlemi olarak, maliyetini kendisi üstlenmek koşuluyla, zamanla sınırlı olmaksızın ve ayırım yapılmaksızın bütün abonelerine sunduğu internet hizmetlerini kapsayacak biçimde, tüm elektronik iletişimi filtrelemek için bir sistem kurma zorunluluğunu getiren bu kararın, Avrupa Birliği hukukuna özellikle de 2000/31/CE sayılı Direktif’e ve uygulanabilir temel haklara aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir.

C. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

30. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesiyle ilgili 102. oturumunda (11-29 Temmuz 2011) kabul edilen 34 sayılı genel görüşlerinde şuna yer vermiştir:

“43.Web sayfalarının, blogların veya internet temelli, elektronik veya diğer bilgi yaygınlaştırma sistemlerinin, ayrıca örneğin internet hizmet sunucuları veya arama motorları gibi bu tür iletişimi destekleyen sistemlerin işleyişine getirilecek herhangi bir kısıtlama, ancak 3'üncü paragrafta uygun gerekçelerle kabul edilebilir. İzin verilebilir kısıtlamalar genellikle içeriğe özgü olmalıdır; belirli sitelerin ve sistemlerin işleyişine getirilecek genel yasaklar paragraf 3'le bağdaşmaz. Ayrıca, bir siteye veya enformasyon yaygınlaştırma sistemine yalnızca hükümete veya hükümetin temsil ettiği siyasal sisteme yönelik eleştirel tutum alabileceği ve bu yönde yayınlar yapabileceği gerekçesiyle yasak getirilmesi de 3'üncü paragrafta bağdaşmaz.”

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

31. Yeni teknolojilerin hızlı gelişimi çerçevesinde yer alan internet mevzuatının özellikle bölünmüş ve dinamik olması bakımından, Avrupa Konseyi üye devletlerinde karşılaştırmalı hukukun müşterek unsurlarının standartlarını ortaya çıkarmanın zor olduğu anlaşılmaktadır. AİHM tarafından Avrupa Konseyi'nin yirmi üye devletinin (Almanya, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, İspanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Litvanya, Hollanda, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Birleşik Krallık, Rusya, Slovenya ve İsviçre) mevzuatı hakkında yapılan araştırmalar, bilgi ve fikir alma özgürlüğü ile ifade özgürlüğü konularında var olan anayasal güvenceler tarafından internete erişim hakkının teoride korunduğunu göstermektedir. Bu hak, iletişime ve bilgiye erişim hakkının esası olarak değerlendirilmektedir ve yerel anayasalar tarafından korunmaktadır. Devletlerin vatandaşların internet erişim hakkını güvence altına alma yükümlülüğü ve herkese bilgi toplumuna katılma hakkını da içermektedir. Böylelikle, ifade özgürlüğüne ayrılan genel güvencelerin tümü, internete engelsiz erişim hakkını da tanımak amacıyla yeterli bir temel oluşturmaktadır.

32. Fransa Anayasa Konseyi, 10 Haziran 2009 tarihli kararında (karar no. 2009-580 DC) özellikle günümüzde ifade özgürlüğünün, internete erişim hakkını kapsadığının anlaşılması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Konsey, ayrıca internet erişiminin kısıtlanması konusunda temel ilkeler koymuştur: adil yargılanma sonucu ve orantılı ceza verilerek bir hâkim tarafından, kamuya açık internet hizmetine özgürce erişim hakkının kısıtlanması kararı alınabilmektedir. Anayasa Konseyine göre, 1789 tarihli

bildirgenin 11. maddesi tarafından güvence altına alınan özgürlüğün türü bağlamında, yasa koyucu “telif hakkı ile komşu haklarına” ilişkin hak sahiplerini korumak amacıyla idari bir makama [...] yetkilerini veremez (internet erişimini kısıtlamak/sınırlamak ya da engellemek). Anayasa Konseyi, bu nedenle hukuki karar olmaksızın telif haklarının ihlal edildiği durumda internete erişimin engellenmesine imkân veren eden kanun maddelerinin Anayasa’ya aykırı olduğunu belirtmiştir. Çekişmeli adli yargılama sonucunda ilave bir ceza olarak, erişimin askıya alınması mümkündür. Anayasa Konseyine göre, “söz konusu hakların korunmasına ilişkin mutlak” olması şartıyla ihtiyati tedbir yargıcı tarafından geçici tedbirlere karar verilebilir.

33. İnternette yasak içeriklerin bulunması durumunda, sınırlama getiren tedbirler ile ilgili, pek çok farklı yaklaşımlar ile Avrupa ülkelerinin mevzuatları arasında öngörülen yasal tedbirler yer almaktadır. Bu yasal tedbirler gereği, yasak içerik silinerek özel bir siteye erişimin yasaklanmasından önce internete erişim bireysel olarak askıya alınmaktadır. Genellikle, küçüklerin haklarının korunması ve cinsel istismarla mücadele hususları, Avrupa devletlerinin çoğunun, özel internet sitelerine erişimin sınırlandırılmasına yönelik tedbirler alması için bir temel teşkil etmektedir (Almanya, Birleşik-Krallık, İsviçre ve Fransa). Genellikle diğer suçlarla ilgili olarak, internete erişimin sınırlandırılmasına yönelik tedbir kararları altı ülkede farklı olup daha az katıdır (Avusturya, Estonya, Finlandiya, İtalya, Litvanya, Hollanda).

34. İnternete erişimin sınırlandırılması yönündeki tedbir kararlarının genişletilmesi konusunda, fikri mülkiyet hakları aleyhine işlenen ya da diğer suçlar gibi suçların niteliğine göre genellikle bir ayırım söz konusudur. “*İnternet ortamında ifade özgürlüğü: AGİT katılımcısı devletlerde internet ortamında ifade özgürlüğüne, serbest bilgi akışına ve basında çoğulculuğa ilişkin yasal hükümler ve uygulamalara dair çalışma*” başlıklı AGİT’in raporuna göre; Avusturya, Almanya, Polonya ve Çek Cumhuriyeti’nde İnternete erişimin engellenmesine ilişkin genel yasal hükümler bulunmamaktadır. Genellikle İnternete erişimin engellenmesi hakkında genel hükümlerin bulunmadığı beş devlette, bazı tür suçlar için İnternete erişimin engellenmesini öngören özel yasal hükümler bulunmaktadır. (Estonya, Rusya Federasyonu, Finlandiya, Hollanda, Birleşik-Krallık). Bu suçlar; çocuk pornosu, ırkçılık ve nefret söylemleri, teröre teşvik ya da hakaret gibi suçları kapsamaktadır.

35. Rusya’da, İnternete erişim genel seviyede engellenemese de, federal yasalar anayasal sisteminin temellerini, ahlakı, sağlığı, üçüncü kişilerin yasal hak ve

menfaatlerini korumak veya savunmayı ve ulusal güvenliği sağlamak gibi özel sebeplerden dolayı İnternete erişimin sınırlandırılmasına izin verebilmektedir (Federal Yasa no. 149-FZ).

36. Sitelerin kapatılması veya İnternete erişimin engellenmesini öngören özel ya da genel bir yasal çerçevesi bulunmayan devletler için bu eksiklik, hâkim tarafından İnternete erişimin engellenmesine yönelik tedbir kararlarının kabul edilmesini ya da gönüllü olarak uygulanmasını engellememektedir.

37. İnternete erişimin yasaklanmasına ilişkin tedbir kararına itiraz etme imkânı, haber alma, görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğü hakkının korunmasına ilişkin genel güvencelerle yakından ilişkilidir. Azerbaycan, Belçika, İspanya, Litvanya, Birleşik-Krallık ve Çek Cumhuriyeti’nde bir İnternet sayfasına erişimin sınırlandırılması yönündeki tedbir kararına itiraz etme koşulları hakkında özel hükümler bulunmamaktadır. İfade ve bilgi edinme özgürlüğü hakkındaki genel anayasal hükümlere veya İnternet kullanıcısının itiraz edilen tedbir kararına bağlı yeterli bir menfaatinin bulunduğunu ortaya koyması halinde Birleşik-Krallık’taki “yargısal denetim” imkânına atıfta bulunmaktadır. Estonya’da, yetkililerin erişilebilir kılmakla yükümlü olduğu kamu bilgileri söz konusu olduğunda (*“Kamu Bilgilendirme Yasası”*) mevzuat, özellikle İnternet üzerinde yer alan bilgiye erişiminin sınırlandırılmasına üst idari bir makam, özel bir kuruluş ya da doğrudan idari yargı huzurunda itiraz etme imkânını öngörmektedir.

HUKUKÎ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME’NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASIYLA İLGİLİ OLARAK

38. Başvuran, kendi sitesiyle hiçbir ilişkisi olmayan ceza davası çerçevesinde hükmedilen tedbir kararının neticesinde İnternet sitesine erişme imkânının kısıtlanmasından/bulunmamasından şikâyet etmektedir. Başvuran, bu tedbir kararı nedeniyle, Sözleşme’nin 10. maddesi ile güvence altına alınan haber, bilgi alışverişi özgürlüğü hakkının ihlal edildiği görüşündedir. Aynı madde aşağıdaki gibi ifade edilmektedir:

“Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, 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.

Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın, başkalarının ün ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir. ”

39. Hükümet, herhangi bir görüş sunmamıştır.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

40. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme’nin 35 § 3 (a) maddesi uyarınca dayanaktan açıkça yoksun olmadığını ve ayrıca farklı açılardan bakıldığında da kabul edilemezlik unsuru bulunmadığını tespit etmektedir. Bu nedenle bu şikâyetin kabul edilebilir nitelikte olduğu belirtilmektedir.

B. Esas hakkında

1. Tarafların iddiaları

41. Başvuran, Google Sites’a erişimin engellenmesinin dolaylı bir sansürü teşkil ettiğini iddia etmektedir. Bu engelleme neticesinde, Google Sites’a erişimin engellenmesi yönündeki tedbir kararının sebebi olan yasak içerikle hiçbir ilgisi bulunmamasına rağmen kendi sitesine erişememesinin ulaşılmak istenen amaçlarla orantılı olmadığı kanısındadır. Ayrıca, Google Sites’a erişimin engellenmesine neden olan yargılamanın adil ve tarafsız olarak kabul edilemeyeceği kanaatindedir.

42. Hükümet, herhangi bir görüş sunmamıştır.

2. Müdahil olan üçüncü kişiler

43. AİHM içtihadına atıfta bulunan *Open Society Justice Initiative* (Açık Toplum Adalet Girişimi) kuruluşu, Google Sites’ın pek çok veri ve bilgi içerdiği ve bu bağlamda önemli gazeteler veya geleneksel kütüphaneler tarafından yayınlanan arşivlerle mukayese edilebilir olduğundan dolayı, ihtilaf konusu tedbir kararının, yayına getirilen ön kısıtlama olarak değerlendirildiği kanısındadır. Bu kuruluş, söz konusu davada alınan tedbir kararının amacının, Atatürk’ün manevi hatırasına hakaret teşkil

eden bir içeriği yayınlayan tek web sitesine erişimi engellemek olmasına rağmen, ihtilaf konusu sitenin yer sağlayıcısı olan Google Sites'in tamamına erişimin engellendiğinin altını çizmektedir. Belirsiz bir süre için bu denli fazla bilgiye erişimi engelleyen böyle bir tedbir kararı, İnternet kullanıcılarının belli olmayan bir süre boyunca engellenen içeriğe erişiminin önlenmesinden dolayı ilk sınırlamayı teşkil etmektedir. Oysa bu tür sınırlamalar, AIHM tarafından en dikkatli biçimde inceleme yapılmasını gerektirecek nitelikte büyük tehlikeler oluşturmaktadır.

44. Açık Toplum Adalet Girişimi kuruluştur, bir grup web sitesine erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararlarının “*dolaylı sansür*” tehlikesi oluşturduğunu ve sadece ihtilaf konusu siteyi hedeflemenin teknik açıdan mümkün olması halinde kuruluşa göre orantısız olan böyle araçları kullanmaktan kaçınmak gerektiğini eklemektedir. Kuruluş, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelere ilişkin örnekleri dile getirerek, somut olayda kabul edilen tedbir kararına benzer, internette yer alan bir içeriğin büyük ölçüde engellenmesine yönelik herhangi bir tedbir kararının Fransa, Almanya veya Birleşik-Krallık'ta hiçbir zaman alınmadığını ortaya koymaktadır.

45. Diğer yandan, Türk sistemi keyfiliğe karşı uygun güvenceler sunmamaktadır. Dolayısıyla, içerik sağlayıcılarını veya erişimin engellendiği diğer sitelerin sahiplerini tedbir kararı hakkında bilgilendirmeye ilişkin herhangi bir yükümlülük bulunmamaktadır. Ayrıca ülkede, herhangi bir güvence uygulanmaksızın, binlerce kullanıcının girdiği web sitelerinin çoğunun engellenmesine karar verilmiştir. Örneğin “*YouTube.com*”, “*GeoCities*”, “*Dailymotion*” ve “*Google*” kapsamında açılan birçok siteye erişim aylar veya yıllar boyunca engellenmiş, bu durum önemli ölçüde “*dolaylı sansür*” e sebep olmuştur.

3. AIHM'in değerlendirmesi

a. Müdahalenin mevcudiyeti hakkında

46. AIHM, başvuranın akademik çalışmaları ile çeşitli alanlardaki yorumlarını yayınladığı bir internet sitesinin sahibi ve kullanıcısı olduğunu gözlemlemektedir. Başvuran, sitesiyle hiçbir ilgisi bulunmayan bir ceza davası çerçevesinde alınmasına hükmedilen tedbir kararının bir sonucu olarak, internet sitesine erişme imkânının

bulunmamasından şikâyet etmektedir. Başvuranın nazarında, esasa ilişkin karar verilmeden önce ön kısıtlama kararı söz konusudur.

47. AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin, yayına getirilen her türlü ön sınırlamayı yasaklamadığını hatırlatmaktadır. Mevcut kararda belirtilen “koşullar”, “sınırlamalar”, “engellemek” ve “önleme tedbirleri” gibi ifadeler, aynı zamanda *Sunday Times v. Birleşik Krallık* (n° 1) (26 Nisan 1979, A serisi n° 30), ve *markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann v. Almanya* (20 Kasım 1989, A serisi n° 165) kararlarında da yer almıştır. Böyle sınırlamalar, AİHM tarafından en titiz şekilde inceleme yapılmasını gerektirecek nitelikte büyük tehlikeler oluşturmaktadır. Özellikle basın söz konusu olduğunda, durum şöyle gelişecektir: Bilgi geçici olup, kısa bir süre için bile olsa yayınlanmasının gecikmesi, bilginin değerinin ve yararının azalmasına sebep olabilmektedir. Aynı zamanda, gündeme ilişkin süreli yayınlardan başka diğer yayınlar için de bu durum söz konusu olabilmektedir.

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

“İnternet siteleri, büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde, toplumun gündemdeki olaylara erişimini sağlamaya ve genel biçimde bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır.”

49. Bu değerlendirmeler, aynı zamanda mevcut dava için de geçerlidir. Zira AİHM, Google Sites'in, bir grup bünyesinde web sitesinin kurulup paylaşılmasını kolaylaştırmaya imkân veren bir Google modülü olduğunu ve böylece ifade özgürlüğünden yararlanmayı sağlayan bir aracı teşkil ettiğini kaydetmektedir.

50. Bu bağlamda, AİHM, AİHS'nin 10. maddesince “her kimsenin” ifade özgürlüğünün güvence altına alındığını vurgulamaktadır; ulaşılmak istenen amacın türü ile gerçek veya tüzel kişilerin bu özgürlüğün uygulanması aşamasında oynadıkları role göre bir ayırım söz konusu değildir (*Çetin ve diğerleri v. Türkiye*, no: 40153/98 ve 40160/98, § 57, AİHM 2003-III (alıntılar)). Bu durum, yalnızca haber içeriklerini değil, aynı zamanda bu haberlerin yayın araçlarını da ilgilendirmektedir. Zira bu yayın araçlarına getirilen her türlü sınırlama, haber alma ve verme hakkına halel getirmektedir (bkz, *mutatis mutandis, autronic AG v. İsviçre*, 22 Mayıs 1990, § 47, A serisi, n° 178).

Ayrıca, AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin yalnızca haber verme hakkını değil aynı zamanda toplum için haber alma hakkını da güvence altına aldığını birçok defa dile getirmiştir (*Observer ve Guardian v. Birleşik-Krallık*, 26 Kasım 1991, § 59 b), A serisi n° 216 ve *Guerra ve diğerleri v. İtalya*, 19 Şubat 1998, § 53, *Kararların derlemesi* 1998-I).

51. Somut olayda, Denizli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen bir tedbir kararı neticesinde, internet sitesine erişim engellenmiştir. Öncelikle, Atatürk'ün manevi hatırasına hakareti yasaklayan 5816 sayılı Kanun uyarınca, üçüncü bir kişiye ait site hakkında yürütülen ceza soruşturması çerçevesinde mahkeme tarafından verilen bir tedbir kararı söz konusudur. Ancak, söz konusu erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararını uygulamakla görevli idari makam, TİB, Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesine ilişkin karar verilmesini yerel mahkemeden talep etmiştir. Denizli Sulh Ceza Mahkemesi, 24 Haziran 2009 tarihli kararıyla bu talebi kabul etmiştir. Denizli Asliye Ceza Mahkemesi, başvuranın söz konusu karara ilişkin itirazı üzerine, hakkında ceza soruşturması yürütülen siteye erişimin engellenmesinin tek yolunun, Google Sites'a erişimin engellenmesi olduğu kanaatine vararak, söz konusu kararı onamıştır. TİB, bununla birlikte, başvuranın kendi sitesine erişimini de engelleyerek, "Google Sites" internet alanını tümünden erişime kapatmıştır. Dosyadaki unsurlara göre başvuran, belirsiz bir süre boyunca kendi web sitesine erişme imkânı bulamamış ve bu yöndeki girişimleri mahkemece verilen erişimin engellenmesi kararı nedeniyle sonuçsuz kalmıştır. Dolayısıyla, söz konusu tedbir kararının haber veya bilgi alma-verme hakkını olumsuz yönde etkilediğini kanuna uygun biçimde ileri sürebilmektedir.

52. Mevcut davada, özellikle adli soruşturma çerçevesinde verilen tedbir kararının dolaylı etkisi söz konusu olmuştur: Google Sites ve başvuranın sitesi bu tür bir soruşturma konusunu teşkil etmemesine rağmen, TİB, Denizli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen tedbir kararının icrası için bu sitelere erişimi engellemiştir. Bu engellemenin esasa ilişkin karar verilinceye veya "Google Sites" yer sağlayıcısı kapsamında açılan sitenin yasak içeriği kaldırılincaya kadar devam etmesi gerekmektedir (5651 sayılı Kanunun 9. maddesi). Bu durumda, esasa ilişkin karar verilmeden önce müdahale niteliği taşıyan ön kısıtlama kararı söz konusudur.

53. AİHM, benzer tedbir kararının yasal dayanağı ne olursa olsun, internetin erişilebilirliğini etkileme eğilimi gösterdiğini ve dolayısıyla, Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında davalı devletin sorumluluğu dâhilinde bulunduğu kanısındadır (*mutatis*

mutandis, Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi v. Avusturya, 19 Aralık 1994, § 27, A serisi n° 302).

54. AİHM, aynı zamanda ihtilaf konusu engellenmenin, üçüncü bir kişiye ait İnternet sitesine getirilen ön kısıtlama neticesinde gerçekleştirildiğini gözlemlemektedir. Mevcut olayda, Google Sites’a tûmden getirilen erişim kısıtlaması kararı zamanda bu internet alanında yer alan bir başka sitenin sahibi olan başvurana da olumsuz yönde etkilemiştir. Şüphesiz, açıkça tam bir yasaklamadan bahsedilmemekte; ancak başvuranın web sitesine erişiminin kısıtlanması sonucunu doğuran internete erişimin sınırlandırılmasından söz edilmektedir. Bununla birlikte, internetin, kişilerin ifade ve bilgi edinme özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik olarak günümüzdeki başlıca araçlardan biri olması nedeniyle, ihtilaf konusu sınırlamanın olabilecek sınırlı etkisi internetin önemini azaltmamaktadır: Bu konuda, siyasi sorunlar veya kamu yararına ilişkin tartışma ve etkinliklere katılmaya imkân veren başlıca araçlar bulunmaktadır.

55. AİHM, kısacası, ihtilaf konusu tedbirin, internet sitesine erişimin engellenmesine ilişkin verilen karar neticesinde getirilen bir sınırlama olarak değerlendirildiği kanaatindedir: Mahkeme, bu tedbir kararının uygulanması amacıyla, aynı zamanda TİB’in talebi üzerine, başvuranın web sitesinin yer sağlayıcısı olan “Google Sites’a” erişimin engellenmesine karar vermiştir. Bu nedenle, başvuranın kendi web sitesine erişmesi imkânsız hale gelmiştir. Bu unsur, AİHM’in, haber veya bilgi alma ve verme özgürlüğünün tamamlayıcı bir unsuru olan ilgilinin ifade özgürlüğüne, söz konusu tedbir kararı nedeniyle “kamu makamlarınca müdahale edildiği” sonucuna varması için yeterlidir (bkz, *mutatis mutandis, Ayşe Öztürk v. Türkiye*, n° 24914/94, 42, 15 Ekim 2002).

56. Benzer müdahale, ‘kanunla öngörülmediği’, 10. maddenin 2. fıkrası bakımından meşru amaçlardan birini veya birkaçını taşımadığı ve bu amaca ya da amaçlara ulaşmak için ‘demokratik bir toplumda gerekli’ olmadığı takdirde, Sözleşme’nin 10. maddesini ihlal etmektedir.

b. Kanunla öngörülmesi

57. AİHM, öncelikle Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan “kanunla öngörülme” koşuluna göre, ihtilaf konusu tedbir kararının iç hukukta yasal bir dayanağının bulunması ve aynı zamanda bu dayanağının kanun kavramının niteliklerini taşıması gerektiğini hatırlatmaktadır: bu nitelikler, ilgili yasanın herkes için ulaşılabilir,

bazı sonuçları öngörebilir ve aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşır olmasıdır. (bkz, diğerleri arasında, *Dink v. Türkiye*, no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, § 114, 14 Eylül 2010). AİHM’in yerleşik içtihadına göre, bir kanun uygulanacağı her kişinin bu yasa uyarınca davranışlarını uyarlamasına imkân verecek açıklıkta yazılması halinde öngörülebilir kabul edilecektir (bkz, diğer birçok karar arasında, *RTBF v. Belçika*, no. 50084/06, § 103, 29 Mart 2011, *Akçam ve Türkiye*, no. 32964/96, § 87, 30 Ekim 2001).

58. AİHM, somut olayda, hakkında adli soruşturma yürütülen siteye erişimin engellenmesi yönündeki kararın yasal dayanağının - 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. paragrafı – bulunduğunu dikkate almaktadır. Bu durumda, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. paragrafının, aynı zamanda ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik koşullarına uyup uymadığını incelenmelidir. Nitekim başvuran bu maddenin söz konusu gereklilikleri karşılamadığı ve kendisine göre, çok fazla belirsizlik taşıdığı kanısındadır.

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

60. Mevcut davada bu aşamada, internete erişimi engelleme kararı alındığı sırada başvurana bu konuda davranışlarını uyarlamasına imkân verecek nitelikte açık ve kesin bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekmektedir.

61. AİHM, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. paragrafı gereğince, hâkimin, “kullanılan ifadelerin içeriğinin suç teşkil edebileceğine dair şüphelerin varlığı halinde, internette yayınlanan haberlere” erişimin engellenmesine karar verebildiğini göz önünde bulundurmaktadır. Aynı Kanunun 2. maddesi “yayın” kavramına ilişkin iki tanıma yer vermektedir: ğ) bendine göre, “İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri”, 1) bendine göre ise “yayın, İnternet ortamında yapılan yayın”. Her ne kadar “yayın” kavramı çok geniş görünerek İnternet ortamında yayınlanan her türlü veriyi içerse bile, başvuranın sitesi ile

Google Sites 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. paragrafının uygulama alanına girmemektedir; zira somut olayda bu sitelerin içeriği aynı hüküm kapsamında değerlendirilmemektedir.

62. Aslında ne Google Sites ne de başvuranın sitesi, anılan hüküm bağlamında adli bir soruşturmaya konu olmuştur. 24 Haziran 2009 tarihli kararda (yukarıdaki 10. paragraf) ifade edilen 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. paragrafına göre, Google Sites isimli yer sağlayıcısının kendi kapsamında açılan başka bir siteden sorumlu tutulduğu anlaşılmıştır, ancak içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının sorumluluklarını düzenleyen 5651 sayılı Kanunun 4, 5 ve 6. maddeleri bağlamında, somut olayda karar verildiği gibi siteye genel bir erişim yasağı konulması söz konusu değildir. Öte yandan, Kanunun, Google Sites gibi fikir ve bilgi alışverişine imkân veren İnternet alanının tümünden erişime kapatılmasına izin verdiği ileri sürülmemiştir. Ayrıca, dosya kapsamındaki hiçbir doküman, 5651 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. paragrafı uyarınca Google Sites isimli yer sağlayıcısına bünyesinde illegal içerikli başka bir siteyi barındırdığının bildirildiğini ve bu sitenin de hakkında ceza soruşturması yürütülen (illegal içerikli) İnternet sitesine ilişkin verilen tedbir kararına uymayı reddettiğini göstermemektedir.

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

64. AİHM, ayrıca yukarıda belirtildiği gibi (47. paragraf), bu tür ilk sınırlamaların Sözleşme ile uyumsuz olmadığını *a priori* değerlendirmektedir. Bununla birlikte, muhtemel kötüye kullanma durumlarına karşı sunulan hukuki kontrol güvencesi konusunda etkili ve yasağın sınırlandırılması hususunda özellikle katı olan bir yasal çerçevede, bu sınırlamaların getirilmesi gerekmektedir (*Ekin Derneği v. Fransa*, no. 39288/98, 58. paragraf, AİHM 2001 –VIII, bkz. ayrıca, *mutatis mutandis*, *Pravoye Delo ve Shtekel Redaksiyon Komitesi v. Ukrayna*, no. 33014/05, 55. paragraf, AİHM 2011 (alıntılar)). Bu bağlamda, hâkim tarafından verilen bu tür tedbir kararlarına ilişkin hukuki güvence ile çatışan çıkarlar arasında denge ve uzlaşma sağlanmalı ve bu

güvence, ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların uygulanması konusunda özel ve kesin kuralları olan bir çerçeve bulunmaksızın sunulmamalıdır. Oysa Denizli Sulh Ceza Mahkemesi'nin 5651 sayılı Kanun uyarınca ihtilaf konusu siteyi bloke etmek için uygulanabilecek daha hafif nitelikli bir tedbir kararının varlığını bile araştırmaksızın, TİB'in kendisine sunduğu talebe atıf yaparak, Google Sites isimli yer sağlayıcını tümünden erişime kapattığı kaydedilmektedir (yukarıda belirtilen 10. paragraf).

65. AİHM, öte yandan, başvuranın 1 Temmuz 2009 tarihinde sunduğu itirazı çerçevesinde, özellikle söz konusu tedbir kararı nedeniyle diğer web sitelerinin olumsuz yönde etkilenmesini önlemek amacıyla, sadece ihtilaf konusu internet sitesine erişimin engellenmesini sağlayacak bir yöntem seçmek gerektiğini ileri sürdüğünü özellikle tespit etmektedir.

66. AİHM, bununla birlikte, itirazı inceleyen hâkimlerin özellikle Googles Sites'a erişiminin tamamen engellenmesi gerekliliğini değerlendirerek, ihtilaf konusu olaydaki çeşitli yararlar arasındaki dengeyi araştırmaya çalışmadıklarını gözlemlemektedir. AİHM'in nazarında, bu eksiklik, Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında kendisi tarafından uygulanan ve ifade edilen kriterler dikkate alındığında, yalnızca hâkimlere "Google Sites" isimli yer sağlayıcısının tümünden erişime kapatılmasının gerekliliği hakkında değerlendirmede bulunma zorunluluğu yüklemeyen 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. Aslında, sözü edilen bu yükümlülük, doğrudan Sözleşme ve AİHM içtihadından doğmaktadır. Hâkimler, kararlarında, sadece bu bağlamda verilen tedbir kararına uygun olarak ihtilaf konusu siteye erişimi engellenmenin tek yolunun Google Sites'a erişimin tamamen engellenmesi olduğunu ifade etmişlerdir (yukarıda belirtilen 8, 10 ve 13. paragraflar). Oysa AİHM, özellikle internette bulunan bilgilerin büyük çoğunluğuna erişimi engelleyen benzer tedbir kararları nedeniyle internet kullanıcılarının haklarına büyük ölçüde zarar verildiğini ve önemli dolaylı etkiler oluşabileceğini hâkimlerin dikkate almaları gerektiği kanaatindedir.

67. AİHM, bu değerlendirmeler ve somut olayda uygulanan söz konusu mevzuatın incelenmesi ışığında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin öngördüğü müdahalenin, Sözleşme'nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermediği ve demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde başvuranın yeterli bir koruma imkânına sahip olmasına imkân vermediği sonucuna varmaktadır. Öte yandan, böyle bir durumun Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. paragrafıyla uyumlu

olmadığı görülmektedir; zira bu hüküm bağlamında tanınan haklar, “ülke sınırları gözetilmeksizin” korunmaktadır.

68. Dolayısıyla, AİHM söz konusu tedbir kararının keyfi sonuçlar doğurduğunu ve bu bağlamda, sadece ihtilaf konusu siteye erişimin engellenmesinin hedeflendiğinden söz edilemeyeceğini, zira bu tedbir kararının Google Sites kapsamında açılan tüm sitelere erişimin genel olarak engellenmesinden ibaret olduğunu kaydetmektedir. Ayrıca internet sitelerine erişimin engellenmesine ilişkin hukuki kontrol, kötüye kullanma durumlarından kaçınmak amacıyla yeterli şartları taşımamaktadır: belirli bir siteye erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararının genel bir engelleme aracı olarak kullanılmasını önlemek için iç hukukta herhangi bir güvence sunulmamaktadır.

69. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

70. AİHM, yukarıda belirtilenleri dikkate alarak, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan diğer gerekliliklere uyulup uyulmadığının bu aşamada kontrol edilmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir.

II. SÖZLEŞME’NİN 6, 7, 13. MADDELERİNİN VE EK 1. NOLU PROTOKOLÜN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

71. Başvuran, Sözleşme’nin 6 ile 13. maddelerini ileri sürerek, bir mahkeme tarafından ihtilaf konusu tedbir kararının kontrol edilmesi amacıyla etkili bir iç hukuk yolundan ve yetkililerce muhtemel kötüye kullanma durumuna karşı yaptırım uygulanmasından faydalanamamasından şikâyet etmektedir.

Başvuran, aynı zamanda Sözleşme’nin 7. maddesine dayanarak, bu maddede belirtilen suç ve cezaların kanuniliği ilkesine riayet edilmediğini iddia etmektedir.

Sonuç olarak, başvuran, Ek 1 nolu Protokolün 2. maddesi kapsamında, söz konusu yasağın doktora eğitimine devam etmesine engel olduğunu iddia ederek eğitim hakkının ihlal edildiğinden şikâyet etmektedir.

72. AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki tespitini dikkate alarak (yukarıda belirtilen 70. paragraf), mevcut davada söz konusu olan temel hukuki sorunların incelendiği kanısındadır. AİHM, davaya ilişkin olay ve olguların tamamını göz önünde bulundurarak, Sözleşme’nin 6, 7 ve 13.maddeleri ile Ek 1. nolu Protokolün 2. maddesi bağlamında dile getirilen şikâyetlerin ne kabul edilebilirliği ne de esası hakkında ayrıca karar vermenin gerekli olmadığı kanaatindedir (*Recep Kurt v. Türkiye*,

no. 23164/09, 70. paragraf, 22 Kasım 2011 ve *Kamil Uzun v. Türkiye*, no. 37410/97, 64. paragraf, 10 Mayıs 2007).

III. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

73. Sözleşme’nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyet uygun surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

A. Tazminat

74. Başvuran, maruz kaldığı manevi zarar için 10 000 Avro (on bin Avro) talep etmektedir.

75. Hükümet, bu iddiaları kabul etmemektedir.

76. AİHM, başvurana manevi zarar için 7 500 Avro (yedi bin beş yüz Avro) ödenmesinin uygun olacağı kanısındadır.

B. Masraf ve giderler

77. Başvuran, ayrıca yerel mahkemeler ve AİHM huzurunda yürütülen davada, masraf ve giderler için 3 300 Avro (üç bin üç yüz Avro) talep etmektedir. Başvuran, özellikle yerel mahkemeler ile Strazburg makamları nezdinde davasının sunulması nedeniyle, İstanbul ve İzmir Barosu’nun minimum avukatlık ücreti tablosuna göre saati 250 Türk Lirası (TR) olmak üzere 28 saatten fazla bir süre çalışıldığını belirtmektedir.

78. Hükümet, bu iddiaları kabul etmemektedir.

79. AİHM, içtihadı uyarınca başvuranın yapmış olduğu masraf ve giderlerin, bu miktarların gerçek, zorunlu ve makul oranda olması halinde geri ödenebileceğine hükmetmiştir. AİHM, somut olaya ilişkin elinde bulunan belgeleri ve içtihadını göz önünde bulundurarak, başvurana tüm masraflar için 1 000 Avro (bin Avro) ödenmesinin makul olacağı kanısındadır.

C. Gecikme faizleri

80. AİHM, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERE DAYANARAK, AİHM,

1. Başvuranın haber alma ve verme özgürlüğü hakkının ihlal edildiğine dair şikâyetinin kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine,
3. Sözleşme'nin 6, 7 ve 13. maddeleri ile Ek 1. nolu Protokolün 2. maddesi bağlamında sunulan şikâyetlerin kabul edilebilirliği ile esasını ayrıca incelemenin gerekli olmadığına,
4. a) Sözleşme'nin 44 § 2. maddesine uygun olarak; davalı devletin başvurana kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere aşağıdaki miktarları ödemekle yükümlü olduğuna;
 - i) Ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 7 500 Avro (yedi bin beş yüz Avro);
 - ii) Başvuran tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, Mahkeme masraf ve giderleri için 1 000 Avro (bin Avro) ödenmesine;
- b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten başlayarak, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;
5. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin reddine *karar vermiştir*.

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; Sözleşme'nin 77 §§ 2. ve 3. maddesi uyarınca 18 Aralık 2012 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

Mevcut kararlar ilgili olarak, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. paragrafı ile İchtüzüğün 74. maddesinin 2. paragrafı uyarınca, Yargıç Paulo Pinto de Albuquerque'nin ayrık görüşü işbu karar ekinde yer almaktadır.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE'in MUTAKABAT ŞERHİ

(Çeviri)

Bu dava, internete erişimin dolaylı olarak engellenmesi ve Türkiye'deki tüm "Google Sites"¹ alanı kullanıcılarının internete erişim hakkını engelleyen, aynı zamanda bu internet alanı kapsamında açılan başvuranın kişisel internet sitesini de içeren tedbir kararı ile ilgilidir. Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ("Mahkeme") ilk defa, Web 2.0 platformları üzerinde ifade özgürlüğü hakkında soru yöneltilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 10. maddesinin ihlal edildiği tespitine katılıyorum fakat kararın gerekçesinde olması gerektiği şekilde, bu alanda ifade özgürlüğü sınırlamalarına uygulanabilir temel ilkelerin belirtilmediği kanısındayım². Dolayısıyla bu görüş, önemi iki açık nedenle vurgulanan aşağıdaki ilkeleri açıklayarak, kararı tamamlamayı hedeflemektedir: öncelikle, AİHM'in bu konu hakkında verdiği az sayıda kararları dikkate alarak, aykırı hatta çelişkili bir içtihattan kaçınmak amacıyla, bu türden karışık ve yeni konuları değerlendirmek için ilkesel bir bakış açısına sahip olması gerekir. İkinci olarak, davalı devletin hukuki reform gerektiren yasal düzenlemede eksikliklerinin olduğunu göz önüne alarak, AİHM'in bu konuda uygulanabilir normlarına uygun, açık ve yönlendirici yolların bulunması zorunlu bir ihtiyaçtır.

Başvuranın ifade özgürlüğü hakkına müdahale

Denizli Sulh Ceza Mahkemesi'nin 23 ve 24 Haziran 2009 tarihlerinde vermiş olduğu karar, başvuranın kendi özel sitesini kurmak için kullandığı Google Sites alanına erişimini engelleyerek, ifade özgürlüğüne müdahale etmiştir. 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 1. paragrafına dayanan bu tedbir, yine Google Sites tarafından yer sağlanan, içeriği Mustafa Kemal Atatürk'ü küçük düşürücü değerlendirilen başka bir internet sitesini soruşturmak amacıyla açılan ceza kovuşturması çerçevesinde alınmıştır. AİHM'in, erişimin engellenmesi kararının yayımlanmasından önce, Google Sites'ın Amerika Birleşik Devletleri'ndeki merkezi olan Google Inc.'in sahibi ve operatörünün bir tebliğ girişimi ya da herhangi bir tebliği hakkında bilgisi yoktur.

¹ Google Sites, Google Apps'nın bir ögesi ve kişisel web sitelerine yer sağlayıcı bir tasarım modülüdür.

² İnternet Erişiminin engellenmesi kararları, erişim sağlayıcının sahibiyet hakkı, içerik sağlayıcının ifade özgürlüğü hakkı ve kullanıcının haber alma hakkı gibi diğer insan haklarının da irdelenmesine yol açabileceğinden, bu özel dava esasen ikinci yönü ele almaktadır.

Atatürk³ hakkında sözde yasa dışı içeriğe sahip siteden ayrı olarak, başvuran sitesinde sadece akademik çalışmalarını ve Sosyal Web, Semantik Web, karışık ağlar ve bilim felsefesi gibi değişik konular hakkında kişisel görüşlerini yayınladığı ortaya çıkmıştır. Hâlbuki erişimin engellenmesi kararı, sonuçta Google Sites tarafından yer sağlanan diğer birçok siteler gibi, ceza yargılaması kaynağında bulunan başvuranın sitesi ile bağ teşkil etmediği unsurunu göz önüne almamıştır.

İnternet üzerindeki yayınlara erişimin engellenmesini düzenleyen Avrupa Normları

Avrupa Konseyi, ek Protokol'e⁴ ve Siber Suçlara ilişkin Sözleşme'ye eklenen ifade özgürlüğüyle ilgili normları, çeşitli çözümlerde, tavsiye kararlarında ve

³ Zaten, Atatürk hakkındaki yayınların tarihi ve politik niteliği de dikkate alınmalıydı. (Tarihi olaylar hakkında halen devam etmekte olan bir tartışma ve tarihi gerçekleri gösteren bir konuşma arasındaki farklılıkları görmek için, bkz. mutakabat şerhim *Fáber v. Macaristan*, no: 40721/08, 24 Temmuz 2012)

⁴ Zorlayıcı ve zorlayıcı olmayan ilgili kuralları aşağıdaki araçlardan anlaşılmaktadır: Avrupa Konseyi'nin Siber Suçlar Sözleşmesi (STE no:185) ve Sözleşme'nin bilgisayar sistemleri alanında meydana gelen ırkçı ve yabancı düşmanı eylemlerin suçlanmasına ilişkin ek Protokolü (STE no: 189), İfade Özgürlüğü, haber alma ve verme özgürlüğü, isim zincirlerini ve internet alanı isimlerini içeren toplanma ve dernek kurma özgürlüğü hakkındaki Bakanlar Kurulu Deklarasyonu, İnternetin açılımı, bütünlüğü, evrenselliğinin ilerlemesi ve korunması hakkında Bakanlar Kurulu'nun üye devletlere CM/Rec(2011)8 sayılı tavsiye kararı, İnternet Yönetim İlkeleri ile ilgili Bakanlar Kurulu Bildirgesi, çevrimiçi hizmet sağlayıcılar ve özel operatörler tarafından yönetilen internet platformlarını içeren toplanma-dernek kurma ve ifade özgürlüğü haklarının korunmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Bildirgesi, arama motorları bağlamında insan haklarının korunması hakkında Bakanlar Kurulu'nun üye devletlere CM/Rec(2012)3 sayılı tavsiye kararı, sosyal ağ servisleri çerçevesinde insan haklarının korunması hakkında Bakanlar Kurulu'nun üye devletlere CM/Rec(2012)4 sayılı tavsiye kararı, Avrupa'da sayısal verilerle ilgili strateji hakkında Bakanlar Kurulu Bildirgesi, ağ tarafsızlığı hakkında Bakanlar Kurulu Bildirgesi, internet protokolü adresleriyle temsil edilen kaynakların kamu yararında kullanılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Bildirgesi, internet yönetimine ilişkin sorulara üye devletlerin yüksek katılımıyla oluşturulan Bakanlar Kurulu Bildirgesi, Çevrimiçi oyunlar ve İnternet servisleri sağlayıcıları için Avrupa Konseyi yönlendirici yolları, İnternet Filtreleri Bağlamında İfade ve Haber Alma Özgürlüğüne Saygıyı Artıracak Önlemler Hakkında Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere CM/Rec(2008)6 sayılı Tavsiye Kararı, İnternet'in Kamu Hizmeti Değerinin Artırılması için önlemler hakkında Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararı, 28 Mayıs 2003 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen İnternet'te İletişim Özgürlüğü Bildirgesi, Parlamenterler Meclisi'nin eğitim ve sayısal uçurum hakkında 1586 sayılı (2002 tarihli) Tavsiye Kararı, Bakanlar Komitesi'nin siber içerikle ilgili olarak medyanın kendi kendini düzenlemesine ilişkin Rec(2001)8 sayılı Tavsiye Kararı, Siber Uzamda İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Üzerine 1543 (2001) sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Kurulu'nun 7 Mayıs 1999 tarihinde kabul ettiği Teknolojik Yenilikler için Avrupa Politikası'na ilişkin bildirgesi, Bakanlar Kurulu'nun R(99)14 sayılı Evrensel toplum hizmeti ilkesi doğrultusunda yeni iletişim ve haberleşme hizmetlerine erişim Tavsiye Kararı, İnternet'te Özel Hayatın Korunması'na ilişkin R(99)5 sayılı Tavsiye Kararı, Parlamenterler Meclisi'nin yeni iletişim ve bilişim teknolojilerinin bilimsel ve teknik yönleri hakkında 1332 sayılı tavsiye kararı, Bakanlar Kurulu'nun elektronik medyada şiddetin gösterimi üzerine R(97)19 sayılı Tavsiye Kararı, Parlamenterler Meclisi'nin yeni teknolojiler ve bunların kullanımı hakkında 1314 sayılı (1997) tarihli Tavsiye Kararı, Parlamenterler Meclisi'nin yeni iletişim ve haberleşme teknolojilerinin demokrasi üzerindeki etkileri hakkında 1120 sayılı (1997 tarihli) Kararı, Bakanlar Kurulu'nun Bilgi Teknolojisi ile bağlantılı ceza muhakemeleri usul hukukunun açıkları hakkında R (95) 13 sayılı Tavsiye Kararı, Bakanlar Kurulu'nun Haberleşme Teknolojileri ve hakkı

deklarasyonlarda İnternet üzerinde yayınlamıştır. Bu internet üzerinde yayınlanan araçlar arasında, somut olayda ele alınan konular açısından en önemlilerinden üç tanesi aşağıda sunulmaktadır.

- Arama motorları bağlamında İnsan Hakları'nın korunmasına ilişkin Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere CM/Rec(2012)3 sayılı Tavsiye Kararı aşağıdaki şekildedir:

" 12. İnternette etkin arama motorlarının varlığı, internet üzerinde yayınlanan haberlerin özgürce indekslenmesi ve aranması için ön koşuldur. Arama motorları sağlayıcıları tarafından internet üzerinde yer alan öğelerin içeriğinin erişime engellenmesi ve filtrelenmesi, kullanıcılar ve sağlayıcılara tanınan internete erişim ve haberlerin yayınlanması hakları gereğince Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkına karşı bir ihlal teşkil edebilmektedir.

13.Arama motoru sağlayıcıları, yasadışı içerik tespit etmek amacıyla internet ağlarını ve sağladıkları servisi önceden kontrol etmek zorunda değildir. Adli ya da yetkili bir makam tarafından bir karar verilmedikçe de ön filtreleme veya erişimi engelleme faaliyetlerinde de bulunmak zorunda değildirler. Bununla birlikte, bazı durumlarda, birtakım kaynakların arama motorlarının indekslerinden kaldırılmasının istenmesi meşru olabilir, örneğin ifade ve haber alma haklarından daha öncelikli olan haklar söz konusu olduğunda; haber alma hakkı, ifade özgürlüğü hakkını kullanmak niyetinde olan bir kişinin içeriğe erişiminin yayılması gibi de yorumlanamaz.

(...)

16. Ayrıca üye devletlerin arama motorları sağlayıcıları ile birlikte şu doğrultuda çalışmaları gerekmektedir:

- Her türlü engellenmenin veya filtrelemenin kullanıcılar için şeffaf olmasına dikkat edilmelidir. Bazı anahtar kelimeler kullanılarak ulaşılan bütün arama sonuçlarının engellenmesi, arama motorlarının başkalarıyla birlikte veya kendi yöntemleriyle yaptıkları düzenlemeler tarafından önceden öngörülmemeli ya da desteklenmemelidir. Arama motorlarının başkalarıyla birlikte ve kendi yöntemleriyle yaptıkları düzenlemeler, bireylerin ifade özgürlüklerini, medya aracılığıyla arama haklarını, fikir, içerik, haber alma ve verme ile iletme haklarını engellememelidir. Demokratik bir süreç sonucunda tespit edilen içeriklerle ilgili olarak, bazı kullanıcı kategorisi için zarar verici olduğu gibi, üye devletler, başka kullanıcı kategorilerinin bu içeriklere erişimlerini engelleyen genel bir endekslemeden kaçınmaları gerekmektedir. Birçok durumda, arama motorlarının isteğe bağlı, uygun filtreleme düzenlemelerini önermesini desteklemek, bu grupları korumak için yeterli olabilir;

- Kamu alanında oldukları halde içerikleri endekslemenin olasılığına imkân vermeyi incelemek, doğrudan kitle iletişimine (veya kitlelerin iletişimine) ayrılmamıştır.

alanında Eğitim, Öğretim ve Araştırma'ya ilişkin R (92) 15 sayılı Tavsiye Kararı, Parlamenterler Meclisi'nin telematik tarafından kırsal yenilemeye dair 1122 sayılı (1990 tarihli Tavsiye Kararı.

-Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere, internet filtreleri ile ilgili, haberleşme ve ifade özgürlüğü hakkına saygıyı arttırmaya yönelik tedbirler hakkında CM/Rec(2008)6 sayılı Tavsiye Kararı aşağıdaki hükümleri öngörmektedir:

" III. Kamu ve özel sektör tarafından internet filtreleri kullanımı ve uygulanması

Yukarıda anlatıldığı üzere, filtrelerin denetlenmesinde ve işlevinde, kullanıcıların bağımsızlaştırılmasının ve yetkilendirilmesinin önemine zarar vermeksizin, halkın çoğunluğuna verilen internet kapsamına giren kamu hizmetinin büyük önemi göz önüne alınırsa, servis sunucularında filtreleri kullanan ya da kullanıma sunan her düzeydeki kamu kuruluşlarının (kamu idareleri, kütüphaneler veya devlet okulları gibi), her kullanıcının ulaştırma ve özel hayatına saygı hakkına, haberleşme ve ifade özgürlüğü hakkına tamamiyle saygı duyulmasına riayet etmelidir.

Bu bağlamda, üye devletler aşağıdaki hususları yerine getirmelidir:

i. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesinin 2.paragrafında belirtilen nedenlerin dışında, kamu kurumları tarafından yönetilen elektronik iletişim ağları üzerinde internetin içeriğinin filtrelenmesinden kaçınılmalıdır;

ii. Şayet Devlet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesinin 2.paragrafında belirtilen koşulları yerine getirmek şartıyla internet sitelerine ilişkin genel nitelikli erişimin engellenmesi veya filtreleme tedbirlerine başvurabileceğini garanti etmelidir. Eğer filtreleme, özel ve açıkça belirlenebilir bir içerik taşıyorsa, yetkili ulusal makam, içeriğin yasadışı olması gerekçesiyle bir karar almışsa ve karar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinin hükümleri ile bağdaşıyorsa, bir mahkeme ya da düzenleyici bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından yeniden incelenebilirse, bu durumlarda devlet tedbirleri alınabilir;

iii. Eğer gerekli ve uygunsa, yasal içeriklere halkın erişimini kısıtlamak amacıyla filtrelerin kasıtlı olarak kötüye kullanılmasını önlemek için ulusal hükümlere başvurulması gerekmektedir;

iv. Uygulanmalarından önce ve uygulanmaları sırasında, filtrelemenin etkileri ile kısıtlamanın amacının birbirine uygun olup olmadığını kontrol etmek amacıyla, ki bu etkiler demokratik bir toplumda ispatlanmıştır, ve ayrıca içeriklerin aşırı engellenmesinden kaçınmak amacıyla bütün filtrelerin değerlendirilmesine dikkat edilmelidir;

v. Kullanıcıların ya da içerik yazarlarının kötüye kullanılan bir içerik ihbar ettikleri durumlarda, filtrelemenin ertelenmesi durumunda, etkin çözüm ve kolayca erişilebilen başvuru yolları sağlamayı öngörmelidir;

vi. Bir filtrenin korumaya çalıştığı gruba ait olmayan kullanıcılar için zararlı veya şok edici içeriklerin genel engellenmesinden ve istisnai durumlarda, özellikle araştırma yapmak amacıyla yasadışı içeriklere ilgi duyan veya bu içeriğe erişmek için meşru bir gerekliliği olan kullanıcılara genel engellemelerden kaçınılmalıdır;

vii. Filtrelerin uygulanması ve kullanılması sırasında yazışmalara ve özel hayat hakkına saygı duyulmasına dikkat edilmelidir ve filtreler aracılığıyla kaydedilmiş, ele alınmış ve arşivlenmiş kişisel verilerin kullanımının yalnızca ticari olmayan ve meşru bir amaç taşıması gerekmektedir; "

-Bakanlar Komitesi'nin internetin kamu hizmeti değerini yükseltmeyi amaçlayan tedbirler hakkındaki üye devletlere CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararı aşağıdaki şekildedir:

"III. Açılış

Üye devletler, diğer hak ve meşru çıkarlara zarar vermeden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının yorumladığı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak internet üzerinde haber akışı ve ifade özgürlüğü hakkını sağlamalıdır:

- kamuyu, internet ile diğer iletişim ve haberleşme teknolojilerini etkin olarak kullanmaya ve içeriklere kendi katkısını sunmaya teşvik ederek;

- internet üzerinde tasarım ve iletişim özgürlüğünü sınırlardan bağımsız olarak destekleyerek, özellikle aşağıdaki tedbirler alınmalıdır:

a. bireylere aynı türden mecburiyetleri, lisansları ve kamu yetkilileri tarafından konulan genel engelleme tedbirlerini, filtrelemeyi veya içeriklerin diğer yayınlanma şekillerine uygulanan kısıtlamaları dayatmayarak;

b. gerekirse, fikri mülkiyet hakkına uyumlu şekilde riayet ederek - başka hizmetler ve içerikler tasarlamak amacıyla sayısal içerikleri işletmek isteyen şahısları – yani "yeniden kullanıcıları " destekleyerek,

c. internet aracılığıyla sosyal grupların ve farklı kullanıcıların ihtiyaçlarına cevap veren işletilebilir ve ulaşılabilir içeriklerin açık bir şekilde kullanıcıların hizmetine sunulmasına teşvik ederek, özellikle:

- servis sağlayıcılarına, ulusal ve uluslararası telekomünikasyon ağlarında ayrımcılık yapılmaksızın erişimlerini sağlayan normatif bir çerçevede çalışma imkânı vererek;

- şirketlerin ve bireylerin dikkatine sunulan çevrimiçi hizmet tekliflerini ve bu hizmetlerin şeffaflığını genişleterek;

- şartlar uygun olduğunda, resmi internet sitelerinden ziyade kullanıcı toplulukları ile kamu arasında iletişim kurarak;

- şartlar uygun olduğu takdirde, herkesin bu haberlere erişimi ile demokratik süreçlere ve kamusal yaşama daha kolay bir şekilde katılmasına imkân vermek amacıyla, ticari olmayan kullanıcıları kamuya açık haberleri yeniden kullanmaya teşvik ederek;

- hükümetin gidişatına her bireyin katılmasını sağlayan hükümetle ilgili kamu alanındaki belgelerin; kamu kuruluşlarınca tutulan kişisel verilere ilişkin bilgilerin; tarihi ve bilimsel verilerin; insan haklarına ilişkin diğer tehditleri ve bilişim sistemlerinin savaşımasını bilgi toplumunun nasıl önleyebileceğini kamuya anlama imkanı sunan teknolojinin durumu hakkındaki bilgilerin; ilgili kişilerin toplumun kültüründe, tarihinde ve hayatında aktif bir rol almasına imkan veren, ortak kültür mirasının bir parçası olan yaratıcı eserlerin internet üzerinde kullanımına sunulmasını teşvik ederek;

- hem genel hem özel içerikleriyle birlikte kişisel, ayırt edici, interaktif ve isteğe bağlı işleyen servisleri sunan interneti ve diğer yeni iletişim hizmetlerini kapsamak amacıyla kamuya hizmeti veren medyaların görevini Bakanlar Kurulu'nun üye devletlere Rec(2007)3 sayılı Tavsiye Kararına uygun olarak bilgi toplumunda kamuya hizmet veren medyaların görevini uyarlayarak ve genişleterek. "

AİHM'in içtihadına göre, bu zamana kadar özellikle internet üzerindeki yayınlar hakkında üç dava görülmüştür⁵:

Mahkeme, *K.U. v. Finlandiya* davasında, aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

" ifade özgürlüğü ile haberleşmenin gizliliği önemli kaygılardan olmasına ve telekomünikasyon kullanıcıları ile internet hizmetleri özel hayata ve ifade özgürlüğüne saygıyı garanti altına almasına rağmen, bu güvence mutlak olmayabilir ve kamu düzenin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması gibi bazı durumlarda daha üstün yararlar karşısında yitirilebilir. İnternette yasaya aykırı açıklama yapan kişinin davranışının, cezalandırılabilir niteliği dikkate alındığında, 8. ve 10. maddenin koruması kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi meselesi bir tarafa, yasa koyucu her halükarda bu kapsamda gündeme gelebilecek değişik menfaatlerin çatışmasını engelleyecek nitelikte bir yasal çerçeve ortaya koymalıydı."⁶

Mahkeme, *Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık* (n° 1 ve 2) davasında, aşağıdaki beyanlarda bulunmuştur:

" İnternet siteleri, içeriklerinin ulaşılabilir olması ve büyük veri miktarlarını saklama ile yayma kapasiteleri sayesinde, toplumun güncel konulara erişimini iyileştirmeye ve genel anlamda da, bilgi iletişimini kolaylaştırmaya önemli derecede katkıda bulunmaktadır. AİHM, internet sitelerinin oynadıkları rolün temel görünümünü temsil eden internet üzerinde arşivlerin oluşturulmasını Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanması kapsamında değerlendirmektedir. "⁷

⁵ *İsviçre Raelyen Hareketi v. İsviçre* davasında ([BD], n°16354/06, AİHM 2012), ulusal makamlar, bir afiş üzerinde belirtilen web sitesi ile başvuranın sitesi üzerinde hiperlinklerle bağlantısı olan diğer sitelerle de başvuran derneğin belirli bir ifade şeklinin yasaklanması amacıyla incelenmiştir. Birçok mutabakat şerhinde incelenen bu konu, çoğunluk tarafından ele alınmamıştır.

⁶ *K.U. v. Finlandiya*, n° 2872/02, § 49, AİHM 2008.

⁷ *Times Newspapers Ltd v. Birleşik Krallık* (n° 1 ve 2), n° 3002/03 ve 23676/03, § 27, AİHM 2009.

Sonuç olarak, Mahkeme *Pravoye Delo ve Shtekel Yayın Kurulu v. Ukrayna* davasında, aşağıdaki değerlendirmelere yer vermiştir:

"Gazetecilerin internetten aldıkları bilgileri kullanmalarına imkân veren iç hukukta yeterli yasal bir çerçevenin bulunmaması ve korkmadan yaptırımlara maruz kalması basının hayati işlevi olan 'bekçi köpeği' görevini ağır bir şekilde engellemektedir."⁸

Bu belgelerin ve kararın gerekçesinde atıfta bulunulan taraf devletlerin uygulaması ışığında, Sözleşme ile uyumlu olması yönünde, internet erişiminin engellenmesinde alınan tedbirleri içeren mevzuatın öngördüğü minimum kriterler aşağıdaki şekildedir:

- 1) Yasa dışı içeriklerin, internet sitelerinin ve platformların yabancı ve yerel sahipleri olan veya sitelere ve platformlara yönlendiren hiperlinkleri yerleştiren, içeriklere abone olan kullanıcılar gibi yayınlarının engellenmesi muhtemel kişilerin ve kurumların kategorilerinin tanımı⁹;
- 2) Erişimin engellenmesi kararlarının kategorilerinin tanımı, örneğin internet siteleri, IP adresi, portallar, ağ protokolleri engellemesi veya sosyal ağlarda olduğu gibi kullanım şekillerinin engellemesi¹⁰;
- 3) Bölgesel, ulusal ve hatta uluslararası bir düzeye sahip olabilen ülke sınırları içerisinde engelleme kararının uygulanma alanı hakkında bir hüküm¹¹;
- 4) Bu türden erişime engelleme kararı için sürenin sınırlandırılması¹²;
- 5) Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafında belirtilenlerin bağlamında erişimin engelleme kararını haklı gösteren "çıkarların" belirtilmesi;
- 6) İfade özgürlüğünün özüne (veya sert çekirdeğine) saygıyı tamamiyle sağlayarak, ifade özgürlüğü ile çatışan çıkarlar arasında doğru bir dengeyi öngören orantılılık kriterinin gözlemi¹³;
- 7) İfade özgürlüğüne müdahalenin söz konusu sosyal ihtiyacı karşılamak için gerekli olanın dışına gidip gitmediği ve ulaşılmak istenen menfaatlere gerektiği gibi hizmet edip etmediğini değerlendirebilmeyi sağlayan gereklilik ilkesine saygı¹⁴;
- 8) Gerekçeli erişime engelleme kararı

⁸ *Pravoye Delo ve Shtekel Yayın Kurulu v. Ukrayna*, n° 33014/05, §§ 64-65, AİHM 2011.

⁹ Bir servis sağlayıcı ve içerik sağlayıcısı arasındaki farkı ayırt etmenin her zaman kolay değildir. Örneğin, hizmet sağlayıcı üçüncü bir şahıs tarafından sağlanan içerikle karşılaştığı sırada kendisi içerik sağlayıcıya dönüşmektedir. Yasa koyucu, sorumluluklarının farklı olmasından da dolayı adli olarak iki kavramı açıkça tanımlamalıdır.

¹⁰ Daha az karmaşık kararlara IP adreslerini, portal sayılarını, URL'leri veya içerik verilerini daha seçkin erişime engelleme kararlarına ilişkin ihtimaller, arama motorlarının listesi üzerinde belirli girişleri ya da ilgili sunucuları üzerinde bazı alanların isimlerini engelleyecektir.

¹¹ Sınır ötesi bilgi erişimi üzerine, bkz. *Khurshid Mustafa ve Tarzibachi v. İsveç*, n° 23883/06, §§ 44-50, 16 Aralık 2008 ve Bakanlar Kurulu tarafından 28 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilen İnternet Üzerinde İletişim Hakkına ilişkin Deklarasyonun 3'üncü İlkesi.

¹² İnternet üzerinde daimi veya belirsiz süreli erişime engelleme kararları ifade özgürlüğü hakkında gerekli olmayan müdahalelerdir.

¹³ Örneğin, Nazi Soykırım'ın inkârını savunan siteye erişimin engellenmesi orantılıdır (bkz. 19 Haziran 2008 tarihli Fransız Yargıtayı kararı n° 707, 07-12244).

¹⁴ *Ürper ve diğerleri v. Türkiye* davasında (n° 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07 ve 50371/07, § 43, 20 Ekim 2009) davasında belirli makalelerin yayınlamasına kısıtlamalarına ya da gazetelerin özel nüshalarına el konulması gibi göz önünde bulundurulmuş olması gereken daha hafif tedbirlerin alınmasına daha önceden karar verilmiştir. Aynı ilke, yayınlara erişimin engellenmesinde

vermek için yetkili makamların tespiti¹⁵; 9) Ulaşılmak istenilen amaçlarla ifadenin çatıştığı ya da imkânsız olduğu haller dışında zarar görmüş bir kuruluş ya da kişinin ifadesi ve karar talebine dayanan dosyanın yetkili makam tarafından incelenmesini içeren bu kararı vermek için takip edilmesi gereken usul¹⁶; 10) Zarara uğrayan kuruluşa ve kişiye erişime engelleme kararının tebliği ve gerekçesi; ve 11) Erişime engelleme kararına karşı adli nitelikli itiraz yolu¹⁷.

Ne hukukî ve cezaî sorumluluğun genel şartları veya hükümleri ne de e-ticaret¹⁸ üzerindeki talimat, internet üzerinde erişime engelleme kararı vermek için geçerli koşulları oluşturmadığı için benzer bir çerçeve belirli adli hükümler tarafından düzenlenmelidir. Ne olursa olsun, bütün toplum için veya toplumun belli kesimleri için internete veya bazı kısımlarına erişimin engellenmesi adalet, kamu düzeni ya da ulusal güvenlik adına bile hiçbir şekilde gerekçelendirilemez¹⁹. Böylelikle, bir içeriğe yönelik tedbir sonucunda oluşan yasal içerikleri, siteleri ve platformları dolaylı yoldan etkileyen bütün "körü körüne" erişime engelleme tedbirleri, uygun illiyet bağından yoksun olması sebebiyle gereklilik ilkesini kendiliğinden karşılamamaktadır, illiyet bağı, müdahale ve amaçlanan sosyal yarar arasında kabul edilebilir somut bir ilişki demektir²⁰. Aynı şekilde, sitelere ve platformlara zorunlu ve sürekli olarak

de uygulanabilir, mesela, "*notice and take down*" politikasını uygulayarak erişime engelleme kararının verilmesinden önce olduğu gibi. İnternet alanında değerlendirilmesi gereken ek bir faktör de, bazı engelleme tedbirlerinin kolaylıkla değiştirilebilir olması ve bu tedbirin gerekliliğini şüpheli kılmasıdır.

¹⁵ Çeşitli kuruluşların, mekanizmaların ve şahısların erişime engelleme kararı verebilir olması adli güvenliğe zarar vermektedir. Tek bir makamın ellinde bulunan erişime engelleme yetkilerinin yoğunlaşması, yüksek denetimi ve kanunun tekdüze uygulamasını kolaylaştırmaktadır.

¹⁶ Zarar gören şahısların ifade vermelerini sağlamakla ilgili konu üzerine, bkz. Anayasa Konseyi Kararı n° 2009/580, DC, § 38, 10 Haziran 2011.

¹⁷ Başvuru ve tebligatların benzer güvencelerinin önemi hakkında, bkz. Anayasa Konseyi Kararı n° 2011-625, DC, 10 Mart 2011, § 8.

¹⁸ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin bilgi toplumu hizmetlerinin ve özellikle e-ticaretin bazı hukuki yönlerine ilişkin 2000/31/CE sayılı, 8 Haziran 2000 tarihli Direktifi iç pazarda erişime engelleme kararının verilmesine ve bu türden kararları ele almamaktadır ve bu bağlamda bulunan tek referans, "istenmeyen ticari iletişime ilişkin elektronik postalar tarafından yollanan gönderimleri izin vermeyen üye devletlerde şirketler tarafından uygun filtreleme sistemlerinin kullanıma sunulmasını kolaylaştırılması ve desteklenmesidir". Ayrıca, bu direktif, "üye devletlerin adli sistemlerine uygun olarak, adli veya idari makamların hizmet sağlayıcıdan bir ihlali önlemesini veya son vermesini isteme ve üye devletlerin bu bilgilere erişimi imkânsız kılma ya da bilgilerin kullanılmasını yöneterek usuller geliştirme olasılığını etkilememektedir.

¹⁹ Bkz. İnsan Hakları Komitesi'nin 34 sayılı görüşünün 43. Paragrafı (CCPR/C/GC/34); ifade ve düşünce özgürlüğü hakkının korunması ve ilerlemesi hakkında özel raportörü, medyaların özgürlüğü hakkında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı Temsilcisi, Amerika Devletler Örgütü'nün ifade özgürlüğü için özel raportörü ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu'nun (CADPH) bilgiye erişim ve ifade özgürlüğü hakkında özel raportörü tarafından kabul edilen Birleşmiş Milletler'in (BM) ifade özgürlüğüne karşı işlenen suçlara ilişkin ek Deklarasyon, 10 Ağustos 2011 tarihli, A/66/290 sayılı Birleşmiş Milletlerin ifade ve düşünce özgürlüğü hakkının korunması ve ilerlemesi hakkında özel raportörünün raporunun 37-44. paragrafları.

²⁰ Bakanlar Kurulu internet üzerindeki iletişim özgürlüğü hakkındaki Deklarasyon, 28 Mayıs 2003, ilke 3, ve yukarıda anılan, İnsan Hakları Komitesi'nin 34 sayılı genel görüşünün 22. Paragrafı.

geçerli olan veya uzun süren erişime engelleme kararları ön kısıtlamanın kabul edilemezliğine ve başka bir ifadeyle mutlak sansüre eşittir²¹.

İstisnai koşulların, yasa dışı içeriğe erişimin engellemesini haklı gösterdiği durumlarda, yasa dışı içeriklere ilişkin tedbirler almak ve yasa dışı içeriğe abone olmayan ve yasa dışı yayınlardan ne *de facto* ne de *de jure* sorumlu olmayan şahısları veya kuruluşları hedeflemekten kaçınmak gerekmektedir. Bir suçun işlendiğine dair şüphelerin bulunmasında haklı sebeplere dayanan geçici veya önleyici tedbirlerin alındığı durumlarda, ifade özgürlüğü, sadece özellikle katı bir yasal çerçeveyi değil aynı zamanda mahkemeler tarafından titiz bir incelemenin yapılmasını ve özel bir tutumla yaklaşımını gerektirmektedir²². Bu güvencelerden hiçbirisi ulusal yargılamalarının ihtilaflı davalarında mevcut değildir, dolayısıyla bu davayla ortaya çıkacaktır.

Somut olayda Avrupa normlarının uygulanması

5651 sayılı Kanun internette erişimin engellemesi kararının verilmesi için sadece şu kriterleri öngörmektedir: erişime engelleme kararının verilmesine sebep olabilen ceza suçlarının niteliği, böyle bir kararın verilmesi için gerekli delillerin derecesi ("şüpheye yol açan yeterli sebepler"), erişime engelleme kararını vermek için mahkeme ile yargıcın yetkisi veya acil durumlarda, savcının yetkisi, bu karara²³ karşı itiraz yolunun açık olması ve şüpheliyi salıvermeye veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karardan kaynaklanan tedbirin geçersizliği ve yasa dışı içeriğinin kaldırılması. Böylelikle, ulusal kanun, keyfi olmaksızın, engelleme ya da engellememe yetkisini adli yetkiye bıraktığı

²¹ İçeriği ulusal makamların kararın açıklandığı sırada bilinmeyen bütün gazetelerin gelecek yayınlarının yasaklanmasının aşırı niteliği *Ürper ve diğerleri v. Türkiye* davasında (n° 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07 ve 50371/07, § 43, 20 Ekim 2009) ortaya koyulmuştur. İçeriği kararın açıklandığı sırada belirsiz olan ve makalelerin gelecek baskıları yayınlanacak olan bir siteye veya bir web platformuna erişimin engellenmesi, bir gazete için söz konusu yasağa eşittir. Böylelikle, *Ürper* davasının altında yatan sebep platformların ve web sitelerinin engellenmesine ve yasal platformların ve sitelerin dolaylı olarak silinmesine *a fortiori* uygun düşmektedir.

²² Yasal çerçeveye ilgili olarak, bkz. *RTBF v. Belçika*, n° 50084/06, § 115, AİHM 2011: " basın alanında ön kısıtlamalar getirildiği durumlarda, bu kısıtlamalar muhtemel kötüye kullanıma karşı adli kontrole gelince etkin ve yasaklamanın sınırlandırılmasına gelince özellikle katı bir yasal çerçeveye kaydedilebilir". Yayın öncesi yargı kararıyla kısıtlamaya ilişkin, bkz. *Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık* n° 13585/88, § 60, 26 Kasım 1991: " Bu denli büyük tehlikeler teşkil eden bu türden kısıtlamalar Mahkeme tarafından titiz bir inceleme gerektirmektedir. Özellikle basın açısından, bilgi geçicidir ve yayını geciktirmek, kısa bir süreliğine olsa dahi, bilginin bütün önemini ve faydasını kaybetmesi açısından büyük risk taşımaktadır". Aşağıda sıralanan davalarda bu durum teyit edilmiştir: *Plon Yayınları v. Fransa*, n° 58148/00, § 42, AİHM 2004-IV; *Ekin Derneği v. Fransa*, n° 39288/98, § 56, AİHM 2001-VIII; ve *Oboukhova v. Rusya*, n° 34736/03, § 22, 8 Ocak 2009. Ayrıca, Amerikan içtihadında, *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), ve özellikle yargıç Brennan'ın mutabakat şerhi (Amerikan Anayasası, "muhtemel sonuçların ortaya çıkarttığı konjonktür veya varsayım tarafından gerekçelenen basın özgürlüğüne getirilen hiçbir adli ön kısıtlamayı kesinlikle kabul etmemektedir").

²³ Ancak, zarar görmüş taraflara erişime engelleme kararı tebliğ etmek öngörülmemektedir.

için oldukça yetersiz kalmaktadır: ulusal kanun, adli yetkinin icrasını bütün gerekli şartlarla ve güvencelerle kapsamamaktadır ve internet üzerinde içerik sağlayıcılara ifade özgürlüğünün temel güvencelerini sunmamaktadır.

Yerel mahkemeler, Mahkeme'nin içtihadında yorumlandığı gibi ifade özgürlüğüne saygı duymuştur ve halen de duymaktadır ve 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince yetkilerini kısıtlayıcı şekilde yorumlamaları gerekmektedir. Ancak, yerel mahkemeler bunu yapmamışlardır. Ne yazık ki, yerel mahkemeler, başvuranın bir yayını sonucunda yakın ve açık bir riskin varlığının dikkate alınmasına veya kamu yararının başvuranın ifade özgürlüğünün önüne geçmesine ilişkin hiçbir görüş bildirmemişlerdir. Keza, daha az müdahaleci herhangi bir tedbirin mevcut olmadığı gerekçesiyle Denizli Sulh Ceza Mahkemesi'nin 13 Temmuz 2009 tarihli kararı ile başvuranın itirazını reddetmiştir. Sayet internette yer alan kamu forumu üzerinde başvuranın ifade özgürlüğüne gelen müdahale, Sözleşme'nin 10. maddesinden ileri gelen ve davalı Devletin²⁴ takdir yetkisinin genişliğini küçülten negatif yükümlülükler açısından değerlendirilmeliyse, itiraz edilen erişime engelleme ölçüsü, geçici ve önleyici niteliğini daha da azatlanmaktadır. Yasaya göre, bu tedbirin koşullu "şüpheye yer veren yeterli gerekçelerin" varlığına dayanmaktadır; internet üzerindeki yayınlar, sadece mahkemelerin vermeye çağrıldığı kararın eğreti niteliğinin (basit bir "şüphe") değil, aynı zamanda tedbir kararını haklı göstermek için gerekli delilin ("yeterli" gerekçeler) sınırlı derecesinin de bazı suçları oluşturduğunu vurgulamaktadır. Bununla birlikte, tedbir ve yetersiz olan yasal çerçevenin geçici niteliğinin gerektirdiği hiçbir özel adli dayanak mevcut değildir.²⁵

Sonuç

Banatan Books, Inc. Davası'nda kullanılan kelimeleri tekrar ele almak amacıyla, bana göre, internet üzerinde ifade özgürlüğüne getirilen bütün ön kısıtlamalar Sözleşmeye uygun olmayan ağır bir kanıya bağlanmaktadır.²⁶ Somut olayda, davalı Hükümet, böyle bir kısıtlamanın hangi sebeple haklı gösterildiğine dair delil gösterme yükünü yerine getirmemiştir.

²⁴Bkz. *İsviçre Raelyen Hareketi* Kararında yer alan mutabakat şerhim.

²⁵ *Türkiye'de Medya Özgürlüğü ve İnternet Sansürü* hakkındaki AGİT Raporuna göre bu gerekçesiz tutum Türkiye'de yaygın bir durumdur.

²⁶ *Banatan Books, Inc. v. Sullivan*, 372 Amerika Birleşik Devletleri (1963): "Bu Mahkeme'de, ifadeye dair ön sınırlamalara ilişkin herhangi bir sistemi, bu sistemin anayasal geçerliliğine karşı olan güçlü bir karine olarak nitelendirilir.

İnternet üzerinde ifade özgürlüğüne ilişkin başvuranın hakkı dâhilinde bütün müdahaleden sakınmanın devletin negatif yükümlülüğü olması, Sözleşme'den doğan ilkeleri dikkate almadan ulusal yargı tarafından 5651 sayılı Kanunun uygulanması, başvuranın ifadesinin niteliği ve yasallığı ve sözde yasadışı site ile başvuranın sitesi arasında bir bağın bulunmaması bağlamında, ulusal makamların dar anlamda takdir yetkisi ışığında belirtilen gerekçeleri değerlendirdikten sonra, Sözleşme'nin 10.maddesi tarafından güvence altına alınan başvuranın ifade özgürlüğü hakkının somut olayda ihlal edildiği kanaatindeyim.

İnternet üzerindeki yayınlara erişimin engellenmesine ilişkin 5651 sayılı Kanun tarafından öngörülen güvencelerin yetersizliğini göz önünde bulundurarak, 46. madde uyarınca, davalı Devlet'in bu yasayı yukarıda belirtilen normlara uygun olarak düzenlemesinin görevi olduğu kanısındayım.

*Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçeye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.