

ERİŞİMİN ENGELLENMESİ, HUKUKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Doç.Dr. Tekin MEMİŞ**

Giriş

Bilişim alanında son zamanlarda en fazla tartışılan konu, erişimin engellenmesidir. Erişimin engellenmesi ile internet ortamında bulunan hukuka aykırı içerik, söz konusu internet sayfasından çıkarılmamakta, sadece içeriğe belirli bir ülke sınırları içinden ulaşılmasına engel olunmakta, daha doğru ifadesi ile zorlaştırılmaktadır.

İnternet ortamında zararlı içeriğin sahibi, içerik sağlayıcı olarak adlandırılır iken bu içeriği barındıran bir bilgisayar ise yer sağlayıcı (host-provider) olarak adlandırılır. Erişim sağlayıcı ise üçüncü kişilere internet erişiminin alt yapısını sağlamaktadır. Erişim sağlayıcı ise ne hukuka aykırı içeriği hazırlayan ne de onu barındıran sunucudur. Bu yönüyle ele alındığında hukuka aykırı işlemin tarafı değildir. Kanun koyucular, bu nedenle erişim sağlayıcının sorumsuzluğunu esas alan düzenlemeler getirmişlerdir. Buna karşın hukuka aykırı işlemlerle mücadele aracı olarak erişimin engellenmesi yolu seçilebilmekte ve bu hallerde erişimin engellenmesi, erişim sağlayıcılar üzerinden (internet provider) gerçekleştirilmektedir.

Bu çalışmada Türk hukukunda erişimin engellenmesi sorunu ele alınacak ve doğrudan sorunlarla çözüm önerilerine değinilecektir.

I. Erişimin Engellenmesi ve Anayasal İlkeler

Erişimin engellenmesi, doğrudan anayasal ilkelerle ilgilidir. Genel itibarıyla erişimin engellenmesi, Anayasa'nın 22. maddesindeki haberleşme özgürlüğü, 25. maddedeki düşünce ve kanaat özgürlüğü, 26. maddedeki düşünceyi açıklama ve yayma ile 28. maddedeki basın özgürlüğünü sınırlamakta

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

olduğu belirtilir¹. Aslında hemen belirtelim ki, erişimin engellenmesi ile sadece bu özgürlükler değil, aynı zamanda çalışma özgürlüğü (m.48), bilim ve sanat özgürlüğü (m.27) gibi maddelerde belirtilen özgürlükler de sınırlandırılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesi şu şekildedir: "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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz". İnternetteki bilgiye erişim, temel özgürlükler arasında sayıldığı için ancak kanunla sınırlanabilecektir.

Bu yönüyle ele alındığında Türkiye'de yapılan erişimin engellenmesi, hukuk tekniğine aykırı düşmemektedir. Genel itibariyle sınırlamalar, kanuni düzenlemelerle gerçekleştirilmektedir. Ancak bu kanaatim, kanuni de olsa erişimin engellenmesi kararlarının tamamının onaylandığı şeklinde de düşünülmemelidir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, sınırlamaların özlerine dokunulmaksızın yapılması gerekliliği ve ölçülülük ilkesi bilhassa vurgulanmıştır. Bu ilkelere aşağıda ayrıca temas edilecektir.

II. Neden Erişimin Engellenir?

Erişim sağlayıcının hukuka aykırı içeriğin hazırlanmasında ve sunulmasında bir katkısı bulunmadığı için sorumluluğu da bulunmamaktadır. Buna karşın erişimin engellenmesi yükümlülüğü, erişim sağlayıcılar üzerinde bırakılmaktadır. Bu durum kendi içinde ayrıca bir çelişkidir.

İnternet ortamında hukuka aykırı içerik nedeniyle asıl sorumlu olanlara çoğu kez ulaşılamamaktadır. İnternetteki anonimlik perdesi arkasında içeriği oraya yerleştiren bulunamamakta ya da yer sağlayıcılar yurtdışında ikamet

¹ Bu konuda bkz. **Savaş Bozbel**, 5651 sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım, s. 8; E-Akademi, Sayı 72, Şubat 2008 (www.e-akademi.org); **Anette Marberth-Kubicki**, Der Beginn der Internet-Zensur - Zugangssperren durch Access-Provider, NJW 2009, s. 1793 vd; Ayrıca bkz. <http://www.teknoist.com/arsiv/site-kapatmalar-anayasaya-aykiri> (erişim 20.9.2010); yanlış ayetlere Diyanet İşlerinin müdahalesinin Anayasaya aykırı olduğu konusunda bkz. <http://www.teknoist.com/arsiv/site-kapatmalar-anayasaya-aykiri> (erişim 20.9.2010).

etmektedir. İçerik ve yer sağlayıcıya ulaşarak içeriği ortamdaki kaldıramayan zarar görenlerin korunması için kalan tek yol, erişimin engellenmesidir. Erişimin engellenmesi ile birlikte zararlı içeriğe en azından ulaşmak zorlaştırılmaktadır.

Burada erişimin engellenmesine ilişkin bir hususa daha işaret etmek gerekir ki, o da bu tedbirin en son başvurulacak çözüm olmasıdır. Zararlı içerikle diğer bir usulle mücadele etmek mümkünse ya da erişim engellemesi, korunan menfaate karşın daha büyük bir zararı birlikte getiriyorsa erişim engellenemez.

İnternette sınırsız bir özgürlüğün olmayacağı, olamayacağı aşıkardır. İnternetin hukukun dışında bir alan olduğu tartışmaları çok önceleri yapılmış ve sonuçlandırılmıştır. Artık dünyada kimse sınırsız ve hukuk kurallarının dışında bir internet özgürlüğünü savunmamaktadır². Bu nedenle her ülkenin tarihi ve sosyo kültürel altyapısı ve menfaatlerine göre internet ortamına sınır getirilmekte ve bu çerçevede erişim engellenebilmektedir.

III. Mukayeseli Hukukta Durum

Hukuka aykırı içerikle mücadele amacıyla bir çok ülkede erişim engellenmektedir³. Almanya'da İçişleri Bakanlığının baskısı ile internet servis sağlayıcıları ile bir anlaşmaya varılmıştır. Bu çerçevede Federal Emniyet Müdürlüğü'nün verdiği sitelere erişim engellenmektedir. Erişimi engellenen siteler, daha çok çocuk pornografisi sunan sitelerdir. Ancak bu tutum, Almanya'da şiddetle eleştirilmektedir. Bu eleştirilerde savunulan görüşlerden birine göre, "Alman interneti" yaratılmak istenmektedir⁴. Eleştirilerin temeli ise erişim engellemesi ile ilgili yasal bir dayanağın bulunmamasıdır. Adalet

2 **Alexander Klett**, *Urheberrecht im Internet aus deutscher und amerikanischer Sicht*, 1. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 1998.

3 Dünya ülkelerinde internet erişiminin engellenmesi ile ilgili bir rapor için bkz. *Internet Enemies*, 12.03.2009, <http://www.reporter-ohne-grenzen.de/fileadmin/pdf/Internetbericht.pdf> (çevrimiçi 17.09.2010). Bu raporda internette blog yapanların hem engellenip hem de cezalandırılmalarına ilişkin 12 ülkedeki durum ayrıntılı bir şekilde verilmektedir.

4 **Dr. Patrick Breyer** – Stellungnahme vom 26. Februar 2009 gegenüber dem Ausschuss des Deutschen Bundestages für Wirtschaft und Technologie: *Telemedien- und Internetrecht – Forderungen aus Sicht der Nutzerinnen und Nutzer*, s. 65 (http://www.daten-speicherung.de/data/Forderungen_Telemedienrecht_26-02-2009_publ.pdf, erişim 20.09.2010).

Bakanlığı da Anayasal bir özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğuran bu uygulamanın, kanuni bir düzenlemeye dayanması gerektiği görüşündedir⁵. Bu amaçla Almanya’da Çocuk Pornografisine Karşı Bir Yasa Taslağı hazırlanmıştır⁶.

Almanya’da başka nedenlerle de erişim engellenebilmektedir. Örneğin ırkçılık yapılması ve tüketicilere zararlı içerik sunulması nedeniyle erişim engellenmektedir⁷. 2002 Şubat’ında Düsseldorf Eyaleti Denetim Makamı, ırkçı içerik taşıyan iki sitenin erişimini engellemiştir. Eyalet yetkilileri, Kuzey Amerika taraflarında içeriği hazırlanan ve orada bulundurulmuş (host edilen) içeriğe müdahale edemediği için bu kararı aldığını bildirmektedir⁸.

Norveç’te de benzeri bir uygulama vardır. Burada polis, internet servis sağlayıcılarla işbirliği içinde bilhassa çocuk pornografisi içeriklerine erişimi engellemektedir. 2007 yılında ise İslami propagandalar ile internette kumara karşı bir erişim engelleme tedbirini içeren teklif, Norveç Parlamentosu’na reddedilmiştir⁹.

Çocuk pornografisi içeren sitelerin erişimi, uzun yıllardır Danimarka, İsveç, Finlandiya, Hollanda, İtalya, İngiltere, İsviçre, Yeni Zelanda, Güney Kore, Kanada ve Tayvan’da engellenmektedir. İtalya ve Finlandiya, erişim engellenmenin kanuni temellerini de oluşturmuş iken diğer sayılan ülkelerde internet servis sağlayıcılarla bir sözleşme temelinde erişim engellenmektedir¹⁰.

Gençlerin pornografik yayınlardan korunması için getirilmiş olan “Cyberpatrol” sistemi de temelinde erişim engellemeye dayanmaktadır¹¹. Bu

5 **Marberth-Kubici**, s. 1792.

6 Bkz. <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2009/04/2009-04-22-kinderpornographie-gesetz.html> (çevrimiçi 19.09.2010).

7 Bkz. <ftp://ftp.ccc.de/congress/2002/event/435/Internet-Zensur-in-NRW.pdf> (çevrimiçi 18.09.2010).

8 **Thomas Stadler**, Sperrungsverfügung gegen Acces-Provider, MMR, 2002, s. 343.

9 Bkz. <http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article3378363/Sperrung-von-Kinderporno-Seiten-ohne-Gesetz.html> (çevrimiçi 19.09.2010).

10 Bkz. http://de.wikipedia.org/wiki/Zugangserschwerungsgesetz#cite_ref-56 (erişim 19.09.2010).

11 Geniş bilgi için bkz. www.cyberpatrol.com (erişim 15.09.2010).

sistem bir diğer adı ile “cybersherrifs” (siber şerif) olarak da adlandırılmaktadır. Bu sistemin özel taramalarında “hard” veya çocuk pornografisi içeren sitelerin URL adresleri büyük bir gizlilik altında listeye geçirilmektedir. Bir kere listeye geçirildiği zaman artık site fonksiyonlarını kaybetmektedir. Şimdiye kadar toplam 40 bin sitenin sansürlendiği belirtilmektedir¹². Fakat bu sistemin temelde büyük başarılar kaydedemeyeceği de dile getirilmektedir¹³.

Fransa’da ise fikri hakların ihlal edilmesi halinde internet sitelerinin engellenmesine ilişkin bir Kanun (“Loi HADOPI”) çıkarılmıştır. Bu Kanun’da önemli olan ve dikkati çeken husus ise, bir mahkeme süreci olmaksızın fikri hak ihlallerinde internet erişiminin engellenebilmesine imkan verilmesidir¹⁴.

Fransa ile benzeri bir sistem, fikri hak ihlallerinin engellenmesini amaçlayan ve “Hukuki Koruma Sistemi” (RPS-Right Protection System) olarak adlandırılan sistem Almanya’da uzunca bir süre tartışılmıştır¹⁵. Getirilecek bu koruma sistemine göre hukuka aykırı sunum yapan web sayfalarına Almanya içinden giriş yapılamayacaktır¹⁶. Sistemin başarısı tamamen izinsiz müzik sunumu yapan web sayfalarının tespiti ve bunların “negatif liste” adı verilen filtre sistemine eklenmesine bağlıdır¹⁷. İçeriğin engellenebilmesi için Almanya’ya internet girişini sağlayan 50-70 internet servis sağlayıcısı ile

12 **S. Krempf**, “Mit URL-Blocker gegen MP3-Server”, 3.09.1999, www.heise.de.

13 Jugendschutz.net’ten Friedemann Schindler bu konudaki gayretleri biraz da yel değirmenlerine savaş olarak nitelemektedir. Çünkü bu sistemin bütün bir internet ağını kapsaması mümkün değildir. Web sayfası sayısına her gün binlercesi eklenmektedir ve bunların takibi mümkün değildir. Buradaki bir başka problem de hard ve çocuk pornosu yayınlayanların sık sık adres değiştirmektedirler ve bunlarla mücadelenin kedi-fare kovalamacasına dönmektedir (Bkz. www.jugendschutz.de).

14 Bkz. <http://futurezone.orf.at/stories/1502874/> (erişim 17.09.2010).

15 **Tekin Memiş**, “Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu”, Ankara 2003, s. 158, 159.

16 Örneğin Rusya’dan giriş yapan 200 bin illegal başlık tespit edilmektedir (bkz. **S Krempf**, “Mit URL-Blocker gegen MP3-Server”, 3.09.1999, www.heise.de).

17 **Pascal Lippert**: “Filtersysteme zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen im Internet, Funktionsweise, Anknüpfungspunkte, rechtliche Rahmenbedingungen” CR 7/2001, s. 479.

işbirliği yapılacaktır¹⁸. Ancak bu sistem, ülkede kabul görmemiştir. Buna ilişkin bir yasal düzenleme yapılmadığı gibi mahkeme kararları da bu tür bir engellemeye izin vermemektedir. Hamburg Eyalet Mahkemesi 12.11.2008 tarihinde verdiği kararda, 1700'ün üzerinde sinema eserinin izinsiz sunulduğu bir sitenin erişiminin ihtiyati tedbir yoluyla engellenemeyeceğine karar vermiştir¹⁹.

IV. Türkiye'de Erişim Engellenmesinin Kanuni Dayanakları

1. 5651 Sayılı Kanunun 8. maddesi

Türkiye'de erişimin engellenmesi tartışmaları, 5651 sayılı Kanun ile başlamıştır. Kanunun 8. maddesinde erişimin engellenmesine ilişkin katalog suçlar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, yorum yolu ile genişletilemez²⁰. Bu suçlar, intihara özendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile Atatürk aleyhine işlenen suçlardır. Erişimin engellenmesi kararı, kural olarak mahkeme tarafından verilmekle birlikte gecikmesi hallerinde Cumhuriyet Savcısı tarafından da verilebilmektedir. Bunun yanı sıra Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, içerik ve yer sağlayıcının yurt dışında bulunması veya yurt dışında bulunsa bile çocuk pornografisi ve fuhuş hallerinde re'sen de erişimin engellenmesine karar verebilmektedir (m.8/4). Aynı maddede söz konusu erişim engellenmenin "koruma tedbiri" olduğu, bu tedbire karşı Ceza Muhakemesi Kanunundaki itiraz prosedürünün işletilebileceği de hükme bağlanmıştır.

Burada tartışılması gereken bir diğer problem de CMK'da belirlenen koruma tedbirlerinin genişletilerek erişim engelleme kararlarının verilip verilemeyeceğidir. Kanaatimizce erişimin engellenmesi, temel özgürlükler arasında olduğu için yorum yolu ile genişletilerek erişimin engellenmesi kararları verilemez.

¹⁸ Jürgen Weinknecht, "Elektronische Grenzen im Internet?", 9 Haziran 2000, www.spiegel.de.

¹⁹ Savaş Bozbel, Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi? Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul 2009, s. 149 vd..

²⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Bozbel, prg. 1 vd..

2. FSEK. Ek.m.4 İle Getirilen Düzenleme

Fikri hakların ihlalinin engellenmesi amacı ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Ek-4. madde eklenmiştir. Bu hükümlerle, fikri hak ihlali halinde - nihai olarak- erişimin engellenmesi tedbirleri ile mücadele edilmeye çalışılmıştır. Hakkı ihlal edilen kişiler için, iki aşamalı bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır. İlk aşamada, hakkı ihlal edilenler, içerik ve servis sağlayıcılara müracaat ederek ihlali sona erdirmelerini talep etmeleri gerekmektedir. Şayet bu ihlal, 3 gün içinde durdurulmaz ve devam ederse bu takdirde bir diğer aşamaya geçilecektir ve hakkı ihlal edilen kimse bu aşamada Cumhuriyet Savcısına müracaat etmelidir. Cumhuriyet Savcılığına yapılacak müracaatta, servis sağlayıcısından bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması talep edilecektir²¹.

3. Diğer Sınai Hakların İhlali Halinde

Gerek 556 sayılı KHK gerek 551 sayılı KHK'da sınai hakların ihlali halinde ihtiyati tedbirlere ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır. Marka, patent ya da tasarım ihlallerinde bu Kanunlarda düzenlenen özel ihtiyati tedbir kararları ile erişim engellenmesine karar verilebilir (MarHKHK m. 61-79; PHKHKHK m. 136-153). Ancak bu KHK'lardaki düzenlemeler yanında HUMK'da düzenlenen ihtiyati tedbire ilişkin hükümler de uygulama alanı bulacaktır²².

4. Kişilik Haklarının İhlali Halinde

MK.m.24 vd.daki hükümler gereği kişilik haklarının ihlali halinde erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Bu karar, ihtiyati tedbir kararı olabileceği gibi nihai bir karar da olabilir (MK.m.25). Mahkeme, dava esnasında ihtiyati tedbire karar verebilirken nihai karar olarak erişimin engellenmesine de hükmedebilir.

21 Konu hakkında geniş bilgi için bkz. **Tekin Memiş**, FSEK Değişikliği ile İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul", Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2006.

22 Bu konuda bkz. **Muhammed Özkes**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, DEÜHFD, Sayı 4, s. 89 vd..

5. İhtiyati Tedbir Kararları İle Erişimin Engellenmesi Usulü

İhtiyati tedbirlere ilişkin hususlar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 101-113 maddelerinde düzenlenmiştir. HUMK'un ilgili hükümleri kapsamında verilen ihtiyati tedbir kararları neticesinde de mahkemelerce erişimin engellenmesine hükmedilmektedir. Bu maddelerde ihtiyati tedbire karar verilebilecek bazı haller HUMK'da sayılmakla birlikte bunlar sınırlayıcı bir sayım olarak kabul edilmez. Bu "sayılan haller dışında da gecikmesinde tehlike olan veya önemli bir zarar oluşacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hâkim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir" hükmü getirilmiştir (HUMK.m.103). Ancak aynı hüküm içinde ihtiyati tedbir kararları için bazı sınırlamalar da bulunmaktadır. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan ya da gecikmesi halinde önemli zarar oluşacağı haller ile tehlike veya zararı önlemek için ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Bir başka önemli sınırlama da ihtiyati tedbir kararının davanın esasını çözümlenecek tarzda olmaması da gerekir²³.

V. Değerlendirme ve Uygulama Sorunları

1. Hukuk Tekniği Bakımından Değerlendirme

Türk hukukunda şekli olarak erişim engellenmesine ilişkin düzenlemelerin genel itibariyle hukuk tekniğine uygun olduğundan yukarıda bahsedilmiştir. Zira Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak Kanunla yapılabilir. Nitekim Türk hukukunda yapılan erişim engellemeleri, kanuni düzenlemelere dayanmaktadır. Ancak diğer ülke düzenlemeleri ile karşılaştırıldığında, erişim engellemeye karar verilen hallerin daha çok olduğu tespiti yapılmalıdır. Ancak hangi ülkelerde hangi değerlerin korunduğu bir hukuk politikası sorunudur. Her ülke, -yukarıda Norveç örneğinde İslami propagandaların yasaklanması teklifinde olduğu gibi- erişim engelleme kararlarının verileceği halleri, belirleme yetkisine sahiptir. Türk kamuoyunda da sıkça tartışılan erişim engellenmenin hangi hallerde yapılacağı yeniden düzenlenebilir ve bir uzlaşma sağlanabilir. Ancak bu uzlaşmanın temelini özgürlüklerin korunması oluşturmalıdır.

²³ Baki Kuru/Ejder Yılmaz/Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2009, s. 557.

2. 5651 Sayılı Kanunla İlgili Sorunlar

5651 sayılı Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak bazı sorunlara burada dikkat çekmek gerekmektedir. Bunlardan ilki, erişim engelleme kararlarının sayısı ve neden verildiğine ilişkin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yeterli bilgilerin kamuoyu ile paylaşılmamasıdır. Bu durum, verilen kararların siyasi ya da sansürcü bir eğilim taşıdığı izlenimini vermekte ve kamuoyunu tedirgin etmektedir²⁴.

5651 sayılı Kanuna göre engellenen site sayısının ne olduğu resmi kurumlarca verilmediği için değişik söylentiler yurt içinde olduğu gibi aynı zamanda yurtdışında da yayılmaktadır. Bu haberlerden birine göre 5651 sayılı Kanuna dayanılarak engellenen site sayısı, 6.000 den fazladır²⁵. Ancak bu rakam, resmi makamlarca doğrulanmamaktadır. Erişim engelleme sayısının resmi makamlarca da yayınlanması, şeffaflığı ve daha doğru zeminlerde tartışmamızı sağlayacaktır.

5651 sayılı Kanunda aksayan bir diğer yön ise, TİB'in mahkeme süreci olmaksızın erişim kararı verebilmesidir. Mahkeme süreci olmaksızın, içerik ve yer sağlayıcının yurtdışında bulunması veya yurt içinde bulunsa bile çocuk pornografisi ve fuhuş içerikli olması hallerinde re'sen erişim engelleme kararı verilebilmektedir.

Bu durum ise, yargılama süreci olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin idari bir kararla sınırlanabilmesi anlamına gelmektedir. Anayasal ilkelerle çeliştiği ise açıktır. TİB bünyesinde hukukçuların bulunması ve incelemeleri bunların yapması da mahzurları gidermemektedir. Zira Mahkeme sürecinde, bir yargılama faaliyeti yapılmakta ve içerik, -aşağıdaki çekincelerimizle birlikte- en azından iddia ve savunmalar (tez-antitez-sentez çerçevesinde) yargılanmaktadır.

24 **Yaman Akdeniz**, TİB'e Erişim Engelleme İstatistiklerini Gizlemekten Dava, 13 Mayıs 2010, <http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/121956-tibe-erisim-engelleme-istatistiklerini-gizlemekten-dava> (erişim, 17.09.2010).

25 **Von J. Kuhn**, Internetzensur in der Türkei Schwarzes Loch am Bosphorus, Süddeutsche Zeitung, 13.10.2009, <http://www.sueddeutsche.de/digital/internetzensur-in-der-tuerkei-schwarzes-loch-am-bosporus-1.40489>, (çevrimiçi 18.09.2010).

3. FSEK. Ek.m.4'e İlişkin Sorunlar

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda getirilen sistemde kararın sadece Cumhuriyet Savcısına bırakılması en ciddi eleştiri konusudur. Bunun yanı sıra bütün ihlal iddiaları ile servis sağlayıcıların web sayfasının yayınının durdurabilmesi, düşünce ve ifade özgürlüğünün de açık bir sınırlandırılması oluşturacaktır. Hakim kararı olmadan bir web yayınının durdurulması, son derece dar bir alanla sınırlanmalı iken düzenleme aksini benimsemiştir. Erişim engelleme, uyar ve kaldır usulünü benimseyen ülkelerde sadece ihlalin son derece açık ve ağır olduğu hallerle sınırlı olarak kabul edilmiştir.

Türk uygulamasında bu sistem, bilhassa meslek birlikleri tarafından kullanılmaktadır. Yasal olmayan müzik sunumlarında söz konusu müzik sunumunu yapan internet sitesinin yayınının durdurulması için başvurulmuş bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşın diğer fikri hak ihlalleri için de kullanılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Kanaatimizce FSEK.m.Ek-4, yeniden ele alınmalıdır. Yasa metni bu haliyle özgürlükleri engelleyici, ortaya çıkan zararlara kimin katlanacağı sorununu düzenleyemeyen bir görünüm arz etmektedir. Uyar ve kaldır usulünün benimsendiği ülkelerde sistem, servis sağlayıcılar-meslek birlikleri anlaşması temelinde işlemekte ve bu usulle ilgili ortaya çıkan zararlar meslek birliklerince telafi edilmektedir²⁶.

4. Mahkeme Kararlarına İlişkin Sorunlar

a. Ölçülülük ve Oranlılık İlkesine Riayet

Mahkemelerin erişim engellemeye ilişkin verdiği kararlarında yeterli tartışmaların yapılmadığı, erişim engellemenin mahiyetinin temel hak ve özgürlüklere müdahale olduğunun yeteri kadar anlaşılmadığı görülmektedir. Oysa temel hak ve özgürlüklere müdahale edilirken hakkın özüne dokunulmaması Anayasal bir ilkedir. Bu nedenle, erişim engelleme, başvurulacak en son çare olmalıdır.

5651 sayılı Kanun'da söz konusu tedbirlerinin koruma tedbiri olduğu açıkça belirtilmektedir. Koruma tedbirlerinin oranlılık ilkesine uygun veril-

²⁶ Bu konuda geniş bilgi ve eleştiriler için bkz. Tekin Memiş, FSEK Değişikliği ile İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul", Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2006.

mesi gerekir. Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi, elbette koruma tedbirleri için de geçerlidir. Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyi bir çok kararında vurgulamıştır. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6 ve 7. maddelerindeki değişikliğe dair kısmi iptalle sonuçlanan karar, konumuz bakımından da ilkesel bir karardır. "Ayrıca, Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne ve "ölçülülük ilkesi"ne aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Buna göre hak ve özgürlükler, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak sınırlandırılabilir. **Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçüsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olamaz.** Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da belirtildiği gibi, bir sınırlama kuralının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olabilmesi için "ölçülülük" ilkesinin gözetilmesi, amaç ve sınırlama "orantısının" korunması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi, yasal düzenlemede sınırlama aracının, sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, sınırlama aracıyla amacı arasındaki oranın ölçüsüz olmamasını anlatmaktadır"²⁷.

Ceza muhakemesinin de insan haklarına dayalı olması hukuk devletinin gereğidir. Bu ilke, "bir ceza muhakemesi hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde bulunan zarar arasında makul bir oranının (ölçünün) bulunması, oransızlık durumunda işlemin yapılmaması olarak açıklanabilir"²⁸.

Ceza muhakemesinde oranlılık ilkesi, ilk olarak, muhakeme işlemini yapacak organın, başvuracağı işlemin seçimini yaparken dikkate alınmalıdır. Seçilen araç, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak oranlılık değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Yine oranlılık değer-

²⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2006/121, K. 2009/90 T. 18.6.2009 (RG. 26 Kasım 2009, S 27418).

²⁸ **Bahri Öztürk/Veli Özer Ozbek /Mustafa R. Erdem**, Ozturk Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2001, s.136; **Mahmut Koca**, Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının "Adli Kontrol" Tedbirinin Değerlendirilmesi, DEÜHFD, Sayı 5, s. 116.

lendirmesinde, başvuru araç, ihlal ettiği menfaat ile bu araç vasıtasıyla korumak istenilen menfaat arasında bir oranın (ölçünün) bulunması gerekir²⁹. Bir başka ifade ile, daha az değer taşıyan bir amaç uğruna, yüksek değerdeki bir menfaat feda edilmemelidir. Nihayet burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da oranlılık araştırması sadece tedbire karar verilirken değil, tedbire karar verildikten sonra da devam etmelidir. Bu durumda koruma tedbiri hafifletilebilir ya da ağırlaştırılabilir³⁰.

Bu anlattığımız ilkeler çerçevesinde mahkemelerce verilen kararlarda ölçülülük ya da oranlılık kuralı tartışılmalıdır. Kararlarda erişim engellemenin koruduğu menfaatle ihlal ettiği menfaatlerin bir karşılaştırılması yapılmalı ve eğer korunan menfaat ağır geliyorsa erişimin engellenmesine karar verilebilmelidir. Erişim engelleme kararlarında, zarara uğrayan toplumun menfaatlerini dengeleyebilmek oldukça zordur. Bu nedenle söz konusu kararların istisnai kararlar olması gerekir.

b. İhtiyati Tedbir Kararlarına İlişkin Sorunlar

Bilindiği üzere Türk hukuk sisteminde ihtiyati tedbir kararları, nihai kararlar olmadığı için bu kararlara karşı temyize gidilemez ancak mahkemede itiraz edilebilir. Bu nedenle mahkemece ihtiyati tedbir kapsamında verilen bir erişim engelleme kararı, dava sürecinin sonuçlanmasına kadar etkisini devam ettirebilir. Bu ise, erişim engelleme kararının en sakıncalı tarafını oluşturur. Temel hak ve özgürlükler, ciddi anlamda sınırlanır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki ihtiyati tedbire ilişkin hükümler dikkate alındığında, karşı taraf dinlenmeden de ihtiyati tedbire karar verilebilecektir (HUMK m. 105/II). Bu durum ise ihtiyati tedbir ile erişimin engellenmesindeki mahzurları daha da artıracaktır.

Hukuki dinlenilme hakkı, temelini Anayasa'da bulan (AY m. 36), yargılama hukukunu ilgilendiren (HUMK m. 73), uluslararası anlaşmalarda da yer verilen (İHAS m. 6) yargısal bir temel haktır. Bu yönüyle mahkemece, ilgili kişiye taraf olarak yargılamada yer alabilme imkanı verilip, mahkeme önünde hukuki dinlenilme şansı tanınmalıdır, ancak bu imkanı kullanıp kullan-

²⁹ Stadler, s. 343.

³⁰ Koca, s. 116- 118; M. Raşit Koparan, Bir Koruma Tedbiri Olarak Tutuklama, Kayseri 2006, s. 3, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/195.doc (erişim 17.09.2010).

mamak yetkisi tarafa aittir. İhtiyati tedbir kararında ise bu duruma bir istisna getirilmektedir³¹.

İhtiyati tedbir kararının erişimin engellenmesinde kullanılıp kullanılmayacağı konusunda yine Anayasal ilkelerin göz önünde bulundurulması gerekir. Zira temel özgürlüklerin bilhassa da bütün bir topluma ait menfaatlerin ihtiyati tedbirler engellenmesinin ne ölçüde Anayasanın ilkeleri ile bağdaştığı tartışılır. Bu çerçevede erişimin engellenmesinin bir ihtiyati tedbir kararı çerçevesinde verilme ihtimalinde dahi Yargıtay'ın şu ilkesel kararı göz önünde bulundurulmalıdır:

“Bilindiği gibi, tedbir kararlarının niteliği ve hangi hallerde tedbir kararı verilebileceği HUMK'nun 101 ve onu izleyen maddelerinde dile getirilmiştir. Mahkeme ise, dayandığı yasa hükmünü ve dayanağını göstermeden davacı yararına ihtiyati tedbir kararı vermiş ve özel hukuk alanına giren ve ancak tarafların serbest iradesi ile yapılması şart olan bir abonman sözleşmesinin yapılmasına, davacının abone kaydedilmesine ve bunun doğal sonucu olarak elektrik akımı bağlanmasına karar vermiş bulunmaktadır. Her ne kadar mahkeme tedbir kararına dayanak olacak yasa hükmünü göstermemiş ise de bunun usulün 103. maddesi olabileceği anlaşılmaktadır. Oysa davaya konu olayda anılan 103. madde hükmünde öngörülen (geciktirilmesinde tehlike olan veya önemli bir zarar olacağı anlaşılan bir hal) yoktur. Gerçi, tehlike ve zarar kavramları subjektiftir, kişiye göre değişebilir ve bu konuyu takdir hakime ait bir yetkidir. Ne var ki, olayımızda ne böyle bir tehlike ve ne de hemen doğması melhuz bir zarar söz konusu değildir. Kaldı ki gerek bilimsel ve gerekse yargısal görüşlerde, mahkemece davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde bir ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği genellikle kabul edilmektedir. Anılan 103. maddeye göre itihaz edilecek tedbir önemli bir zararın ya da tehlikenin önlenmesine ilişkin olmalıdır. **Davacının, ancak bazı kayıt ve şartlarla yararlanabileceği sosyal bir ihtiyacını sağlarken diğer tarafı ve hatta, tedbire itiraz dilekçesinde etraflıca belirtilen şekilde büyük bir vatandaş kitlesini çok daha büyük tehlike ve zarara itmenin yasa koyucunun 103. madde ile güttüğü amacı aşacağına**

³¹ Özkes, s. 118.

hiç kuşku yoktur ve bu nitelikte bir tedbir kararı verilmesini de yasa asla öngörmemektedir"³².

Erişimin engellenmesi ile sadece içeriği hazırlayan tarafın menfaati zedelenmez, belirsiz sayıda kişilerin menfaatleri zarar görür. Zararlı içerikle beraber hukuka uygun içeriğe erişime de engel olunmaktadır. Bu yönüyle ele alındığında erişimin engellenmesi oranlı bir tedbir ve yasal olmayan içerikle uygun bir mücadele değildir³³.

Türk Hukukunda temeli HUMK'a dayanan ihtiyati tedbire ilişkin düzenlemelerin, internet ortamına uygulanması istenen ve arzulanan çözümlere ulaşmakta yetersiz kalmaktadır. 1927 tarihli Kanun'un, sanal ortamda erişimin engellenmesinde kullanılması da uygun değildir. Sanal ortama ilişkin yapılmış olan düzenlemelerde ihtiyati tedbir kararı temelinde erişim engellenmesine ilişkin için bir hükmün bulunmaması, bir yasa boşluğunu gündeme getirmelidir. Gerçekten, bir çok anayasal temele dayanan özgürlüklerin erişimin engellenmesi ile ortadan kaldırılabilmesi mümkün olmalıdır. Bu halde, ihtiyati tedbir kararı ile erişimin engellenemeyeceği, zira açık bir düzenlemenin bulunmadığı ileri sürülebilir ise de HUMK m. 101 vd. hükümler incelendiğinde zaten hakimnin takdirine bırakılmış olan bu tedbirlerin sınırlayıcı bir şekilde sayılmadığı görülür. Bu nedenle bu konuda bir kanuni düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Sonuç ve Öneriler

Gerek 5651 sayılı Kanun'a gerekse diğer kanunlara dayanılarak verilen erişim engelleme kararlarının içeriği, ülke hukuk politikasına göre yeniden şekillendirilmelidir. Bu, sivil toplum örgütlerinin de içinde yer alacağı bir mutabakatla ve özgürlükler temelinde çözümlenmelidir.

İnternet ortamında suç ve ihlallerle mücadele ederken, erişim engellemenin son çare olarak seçilmesi gerektiği, mahkeme kararlarının mutlaka gerekçeli olması, oranlılık ya da ölçülülük olarak yukarıda izah ettiğimiz ölçülere göre karar verilmesi, bütün kararların tek bir yerden icrasının yapılması gereklidir. Mahkeme, sadece erişim engelleme ile elde edilecek menfaatin

³² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E. 1975/3743, K. 1975/7667, T. 16.6.1975 (Kazancı İçtihat Bankası).

³³ Stadler, s. 346.

engelleme sonucu haleldar olacak menfaate üstünlüğü durumunda engelleme kararı verebilmelidir. Ayrıca bu kararda bu husus, açıkça tartışılmalı ve gerekçelendirilmelidir.

Erişim engelleme kararları, tek bir merci tarafından icra edilmemektedir. Mevcut durumda ise sadece 5651 sayılı Kanun kapsamındaki erişim engellemelerini, TİB icra etmektedir. Bu durum da engellenerek bütün kararların bir yerden icrasına çalışılmalıdır.

TİB tarafından icra edilen ya da re'sen verilen bütün kararlar, kamuoyu ile paylaşılmalıdır. Böylece kararların tartışılabilirliği ve kamuoyunun güveni sağlanmış olacaktır.

5651 sayılı Kanun'da TİB'e verilen ve FSEK. Ek.m.4'de Cumhuriyet Savcısına verilen erişim engelleme kararı yetkisi, mutlaka mahkemeye verilmelidir. Zira sadece tarafların değil bütün bir toplumun menfaatinin etkilendiği karar, FSEK'te idari bir işlev gören Savcıya ya da idari bir organ olan TİB'e bırakılması, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve hukuk devleti ile bağdaşmaz.

İhtiyati tedbir kararları ile erişimin engellenmesinin önüne geçilmemelidir. Zira bu kararlar, mahiyeti itibariyle bir ara karardır ve temyiz edilememektedir. Bu halde toplumun anayasal haklarının bu tür bir kararla kısıtlanmaması hukuk devleti ilkelerine daha uygun düşer. Erişimin engellenmesine ilişkin karar, ayrı ve nihai bir karar olarak kabul edilmeli ve temyiz hakkı menfaati olan herkese sağlanmalıdır.

Elektronik ortama ilişkin düzenlemelerde erişim engellemeye ilişkin yarıkarıda bahsedilen uygulamalarda temel hak ve özgürlükler, ölçülülük ve oranlılık ilkeleri ile özgürlükçü bir toplumun gereklerine uygun hale getirilebilir. Ancak bütün ülke çapında Yargı kararlarından bunun beklenmesi çok fazla iyimserlik olarak görülebilir.

TİB'in, Türkiye'de 5651 sayılı Kanun dışında verilen kararlarda erişim engelleme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle diğer kanunlara dayanılarak verilen kararların ne olduğu ve neden verildiği bilinmemektedir. Ayrıca bu durum erişim engelleme kararlarının sayısı konusunda da kamuoyunda ihtilafa neden olmaktadır.

5651 sayılı Kanunda yukarıda sayılan hususlara ilişkin değişiklikler yapılmalıdır. Eğer bunlar yapılmaz ise bu durumda en azında bu Kanuna yapılacak ek maddelerle erişim engellemeleri yeniden düzenlenebilir.

5651 sayılı Kanuna ek iki madde konularak erişim engellenmesine ilişkin bir düzenleme şu şekilde yapılabilir. Önerdiğim ek maddeler şu şekildedir:

Ek Madde-1:

“1) Erişim engelleme, bu Kanunda ve diğer Kanunlarda açıkça sayılan hallerde ancak Mahkeme kararı ile verilebilir.

2) İhtiyati tedbir kararı çerçevesinde erişim engelleme kararı verilemez.

3) Erişim engelleme kararları, menfaati olan herkes tarafından temyiz edilebilir”.

Ek Madde-2:

“1) Bütün erişim engelleme kararları, TİB tarafından icra edilir.

2) Mahkemece erişim engelleme kararı, TİB’e tebliğinden itibaren bir hafta içinde TİB tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcıya mahkeme kararı ile içeriğin çıkarılması elektronik ortamda bildirilir. Bu bildirimde rağmen halen içerik düzeltilmez ise bu durumda erişim engellenir.

3) Bildirimden itibaren bir hafta içinde karara konu içerik çıkarılır ise bu durum, TİB tarafından derhal mahkemeye bildirilir.

4) Erişim engellendikten sonra ilgili içerik düzeltilir ise bu halde TİB tarafından erişim engelleme kararı kaldırılır ve bu durum mahkemeye derhal bildirilir. İlgililer de erişimin engellenmesine ilişkin kararın kaldırılmasına mahkemede itiraz edebilir.

6) İçeriğin düzeltilmesi ya da çıkarılması, kişilerin diğer hak ve taleplerini etkilemez”.

Nihayet erişim engelleme sebebi olarak gösterilen suç ve ihlaller, dünya ile birlikte ve dünyaya paralel bir şekilde belirlenmelidir. Zira internet ortamı, sadece bir ülke tarafından kontrol edilecek ya da “ortalama Türk internet”i olacak bir olgu değildir.