



**Başvuru No.: 43710/19 ve 43712/19
Bircan Alan/Türkiye ve Sait Alan/Türkiye**

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)

Tarafından Sunulan

Üçüncü Taraf Görüşü

(İFÖD, ifade özgürlüğünü savunan ve destekleyen bağımsız bir sivil toplum kuruluşudur)

Giriş

1. İFÖD, Bircan Alan/Türkiye ve Sait Alan/Türkiye (**Başvuru No. 43710/19 ve 43712/19**) davalarına ilişkin bu görüşünde 5651 sayılı Kanunun (İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun- “İnternet Yasası”) 9. maddesinin neden olduğu sistematik sorunlar ile bu durumun muhalif veya eleştirel seslerin hem ifade özgürlüğü hem de özel hayata saygı hakkı üzerinde oluşturduğu ayrımcı etki konusunu ele alacaktır.
2. Mahkeme'nin bildiriminden, başvuru sahiplerinin 5651 sayılı Kanun kapsamında, bir terör örgütüne yardım sağlayan yasadışı bir kuruluşun üyeleri olduğuna dair yapılan haberlere erişimin engellenmesi talebinin iki farklı sulh ceza hakimliği tarafından reddedildiği anlaşılmaktadır. Hakimler, başvuru sahiplerinin taleplerine ilişkin ret kararlarında, başvuru sahipleri hakkında sonradan verilen takipsizlik ve beraat kararlarının, ilgili yazıların yayımlanmasındaki kamusal ilgiyi azaltmadığını ve basın özgürlüğü hakkı anlamında koruma altında olduğunu belirtmişlerdir.
3. Başvuru sahipleri, Sözleşme'nin 6 § 1, 8 ve 13. maddelerine dayanarak, söz konusu İnternet sitelerinin sayfalarına erişimin engellenmesi taleplerinin reddedilmesinin, adil yargılanma haklarına, özel hayata saygı haklarına ve etkin başvuru haklarına müdahale teşkil ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, taraflara, söz konusu İnternet sitelerinde yayımlanan makalelerin içeriği ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 8 § 1 maddesi anlamında,¹ başvuru sahiplerinin özel hayatlarına saygı hakkına bir müdahale olup olmadığını ve eğer öyleyse, bu hakkın kullanımına yönelik müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığını ve Madde 8 § 2 anlamında gerekli olup olmadığını sormuştur.
4. İFÖD, öncelikle, Mahkeme'nin 8. maddede yer alan itibar hakkı ile Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğü arasında denge kurmaya ilişkin içtihadını özetleyecektir. Mahkeme'nin masumiyet karinesi hakkına ilişkin içtihadı da ele alınacaktır. İFÖD, daha sonra 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinin neden olduğu sistematik sorunlar ve bunun muhalif veya eleştirel seslerin hem ifade özgürlüğü hem de özel hayata saygı hakkı üzerinde yaratılan ayrımcı etki hakkında Mahkeme'ye bilgi verecektir. İFÖD, 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinde öngörülen internet içeriğine erişimin engellenmesine yönelik tedbirin hukuki niteliğinin belirsiz olduğunu ve uygulamada sulh ceza hâkimliklerince keyfi ve ayrımcı bir şekilde uygulandığını savunacaktır. İFÖD ayrıca, Anayasa Mahkemesinin kişilik haklarını ihlal ettiği iddia edilen belirli İnternet içeriklerine erişimin engellenmesi taleplerinin reddedilmesi durumunda özel hayat hakkına ilişkin başvurulara yaklaşımının da ayrımcı sonuçlara yol açtığını iddia edecektir. İFÖD, Anayasa Mahkemesinin *Ali Kızık* kararında² 9. madde kapsamında erişimin engellenmesine ilişkin geliştirdiği “ilk bakışta ihlal” doktrininin sulh ceza hakimlerince sistematik olarak göz ardı edildiği konusunda Mahkemeyi

¹ *Von Hannover/Almanya*, no. 59320/00, § 50, ECHR 2004 VI; *Sanchez Cardenas/Norveç*, no. 12148/03, § 38, 4.10.2007; *Pfeifer/Avusturya*, no. 12556/03, § 35, 15.11.2007; *A./Norveç*, no. 28070/06, § 64, 09.04.2009; *Polanco Torres and Movilla Polanco/İspanya*, no. 34147/06, § 40, 21.09.2010; *Axel Springer AG/Almanya [GD]*, no. 39954/08, § 83, 07.02.2012; *Petrie/İtalya*, no. 25322 / 12, § 39, 18.05.2017.

² B. No: 2014/5552, 26.10.2017.

bilgilendirecektir. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamındaki erişim engelleme tedbirinin hukuki niteliğine ilişkin belirsizliklerin "ilk bakışta ihlal" doktrini ile de açıklığa kavuşturulmadığı ileri sürülecektir. Bu madde kapsamında yüzbinlerce içeriğin erişime engellendiği göz önünde bulundurulduğunda sulh ceza hakimlerine bırakılan sınırsız takdir yetkisi, Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen ve hakimler tarafından sistematik olarak göz ardı edilen ilkelere bakılmaksızın tam bir keyfiliğe yol açmıştır. Bu tür bir yaklaşım, özellikle, kişilik hakları hükümet kontrolündeki medya tarafından ihlal edilenler için ayrımcı etkiler yaratmaktadır.

İtibar Hakkı ve İfade Özgürlüğü Arasında Dengeleme Konusuna İlişkin Avrupa Standartları

5. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, kişinin itibarını koruma hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına giren bir haktır. Mahkeme, bir kişinin itibarının, o kişi kamusal bir tartışma bağlamında eleştirilse bile, kişisel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçasını oluşturduğuna ve bu nedenle de özel hayatının kapsamına girdiğine karar vermiştir.³ Bununla birlikte, 8. maddenin devreye girmesi için, bir kişinin itibarına yönelik bir saldırı, belirli bir ciddiyet düzeyine ulaşmalı ve özel hayata saygı hakkından kişisel olarak yararlanmaya halel getirecek şekilde yapılmış olmalıdır.⁴
6. Sözleşmeciler Devletlerin 8. madde kapsamındaki yükümlülüklerinin niteliği ve kapsamına ilişkin olarak Mahkeme, 8. maddenin amacının esas olarak bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olmasına rağmen, Devletleri yalnızca müdahale etmekten kaçınmaya zorlamadığını; negatif yükümlülüklerinin yanı sıra özel ya da aile hayatına etkin bir saygı göstermenin doğasında pozitif yükümlülükler olabileceğini de belirtmektedir. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile özel hayata ve aile hayatına saygıyı güvence altına almak için gerekli önlemlerin alınmasını içerebilecektir. Ancak, Devletin 8. madde kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri için de aynı ilkeler geçerlidir; her iki durumda da çatışan menfaatler arasında kurulması gereken adil denge dikkate alınmalıdır.⁵
7. Mahkeme, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğu güvence altına almak için alınacak önlemlerin seçiminde Sözleşmeciler Devletlere takdir yetkisi tanımaktadır. Özel hayata saygıyı sağlamanın farklı yolları olmakla birlikte Devletin yükümlülüğünün niteliği, özel hayatın hangi özel görünümünün söz konusu olduğuna bağlı olacaktır. Bir bireyin varlığının veya kimliğinin özellikle önemli bir yönünün söz konusu olduğu veya söz konusu faaliyetlerin özel hayatın en mahrem bir yönünü içerdiği durumlarda, Devlete tanınan takdir yetkisi buna uygun olarak daralmaktadır.⁶ Özellikle, temel değerlerin ve özel hayatın temel yönlerinin söz konusu olduğu ağır fiillere karşı etkili caydırıcılığın sağlanabilmesi için Devletlerin konuya ilişkin etkili ceza hukuku hükümlerinin

³ *Pfeifer/Avusturya*, no. 12556/03, § 35, 15.11.2007; 09.04.2009; *Petrie/İtalya*, no. 25322 / 12, § 39, 18.05.2017.

⁴ *Axel Springer AG/Almanya* [BD], no. 39954/08, § 83, 07.02.2012; *A./Norveç*, no. 28070/06, § 64

⁵ *Dickson/Birleşik Krallık* [BD], no. 44362/04, 04.12.2007, § 70; *Odièvre/Fransa* [BD], no. 42326/98, 13.02.2003, § 40; *Dubská and Krejzová/Çek Cumhuriyeti* [BD], nos. 28859/11 and 28473/12, 15.11.2016, § 164-65.

⁶ *Söderman/İsveç*, no. 5786/08, 12.11.2013, § 79.

yürürlükte olmasını sağlamasını gerektirir.⁷ Bu tür ciddi eylemlerle ilgili olarak, Devletin 8. madde kapsamındaki bireyin fiziksel veya ahlaki bütünlüğünü koruma konusundaki pozitif yükümlülüğü, cezai soruşturmanın etkinliğine ilişkin soruları da kapsayabilmektedir.⁸

8. Bir yandan 8. maddede belirtilen itibarın korunması hakkı ile diğer yandan 10. madde tarafından korunan basın ifade özgürlüğü arasında bir çatışma olması durumunda, Mahkeme'nin ulusal yargı makamlarınca Sözleşme ile koruma altına alınan iki menfaati korurken adil bir dengenin kurulup kurulmadığını incelemesi gerekmektedir. Mahkeme, bu maddeler kapsamındaki hakların eşit saygıyı hak ettiğini ve iki hak arasındaki bir ihtilaf konusunda hüküm verilmesi gerektiğinde, Mahkeme'nin çatışan menfaatleri dengelemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Başvurunun sonucu, ihtilaf konusu yazıya konu olan kişi tarafından 8. madde kapsamında mı yoksa aynı makalenin yazarı tarafından 10. madde kapsamında mı yapıldığına bağlı olarak değişmemelidir.⁹ Buna göre, teorik olarak takdir payı her iki durumda da aynı olmalıdır.¹⁰
9. İfade özgürlüğü hakkı ile özel hayata saygı hakkı arasında bir dengeleme işlemi yapılmasına ilişkin ilgili kriterler şu şekildedir: **ilk olarak**, kamusal ilgiyi haiz bir tartışmaya sunulan katkı; **ikinci olarak**, etkilenen kişinin tanınmışlık derecesi ve haberin konusu; **üçüncü olarak**, etkilenen kişinin önceki davranışı; **dördüncü olarak**, bilginin elde edilme şekli ve doğruluğu; **beşincisi**, yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ve **altıncı**, uygulanan yaptırımın ciddiyeti.¹¹
10. Basının rolü ile ilgili olarak Mahkeme, basın özgürlüğünün demokratik bir toplumda temel ve gerekli bir işlevi yerine getirdiğini vurgulamaktadır. Basının, özellikle başkalarının itibar ve hakları ile gizli bilgilerin ifşasını engellemek gibi belirli sınırları aşmama yükümlülüğü olmakla birlikte, yine de görevi- yükümlülükleri ve sorumlulukları ile tutarlı bir şekilde – yargı makamları ile ilgili olanlar da dahil olmak üzere, kamu yararını ilgilendiren tüm konularda bilgileri ve fikirleri aktarmaktır. Bu nedenle, ulusal makamların takdir yetkisi, basının hayati rolünü "kamunun gözetleyicisi" olarak yerine getirmesini sağlamada demokratik toplumun menfaati ile sınırlandırılmaktadır.¹² Yine de gazeteciler, gazetecilik etiğine uygun olarak "doğru ve güvenilir" bilgi sağlamak için iyi niyetle hareket etmelidir.¹³

⁷ *X ve Y/Hollanda* no. 8978/80, 26.03.1985, §§ 23-24 ve 27; *M.C./Bulgaristan*, no. 39272/98, 04.12.2003, § 150; *K.U./Finlandiya*, no. 2872/02, 02.12.2008, § 43; *A, B ve C/Letonya*, no. 30808/11, 31.03.2016, § 148; *M.S/Ukrayna. Ukrayna*, no. 2091/13, 11.07.2017, § 62.

⁸ *M.C./Bulgaristan*, § 152; *C.A.S. ve C.S./Romanya*, no. 26692/05, 20.03.2012, § 72; *M.P. ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 22457/08, 15.11.2011, § 109-10.

⁹ *Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS)/Fransa*, no. 12268/03, 23.07.2009, § 41; *Timciuc/Romanya* (dec.), no. 28999/03, 12.10.2010, § 144; *Mosley/Birleşik Krallık*, no. 48009/08, 10.05.2011, § 111; *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés/Fransa* [BD], no. 40454/07, 10.11.2015 § 91.

¹⁰ *Von Hannover/Almanya* (no. 2) [BD], nos. 40660/08 ve 60641/08, 07.02.2012, § 106, *Axel Springer AG*, no. 39954/08, 07.02.2012, § 87; *Couderc and Hachette Filipacchi Associés*, § 91.

¹¹ *Axel Springer AG*, §§ 83 ve 89 - 95; *Von Hannover/Almanya* (no. 2) [GC], §§ 108 vd.; *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés/France* [BD], no. 40454/07, 10.11.2015, § 93; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others/Bosna-Hersek* [BD], no. 17224/11, 27.06.2017, § 88.

¹² *Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç* [GC], no. 21980/93, 20.05.1999, § 59; *Thoma/Lüksemburg*, no. 38432/97, 29.03.2001, § 45; *Amorim Giestas ve Jesus Costa Bordalo/Portekiz*, no. 37840/10, 03.04.2014, § 25.

Bununla birlikte, gazetecilik özgürlüğü, bir dereceye kadar abartmaya ve hatta provokasyona başvurma ihtimalini de kapsamaktadır.¹⁴

11. Bununla birlikte, Mahkeme, olguları kötü niyetle çarpıtmanın bazen kabul edilebilir eleştirinin sınırlarını aşabileceğini kabul etmektedir: Olgusal bir ifade, ek açıklamalarla, değer yargılarıyla, varsayımlarla ve hatta imalar ile nitelendirildiği takdirde kamuoyunda yanlış algı oluşturabilecektir.¹⁵ Dolayısıyla, bilgi verme görevi, zorunlu olarak görev ve sorumlulukların yanı sıra basının kendiliğinden uyması gereken sınırları da içerir. Bu, özellikle bir medya raporunun, adı belirtilmiş kişilere çok ciddi eylemler attığı durumlarda böyle olmaktadır, zira bu tür "iddialar", kamuoyundan tepkiye maruz kalma riskini içerir.¹⁶
12. Mahkeme ayrıca olgular ve değer yargıları arasında bir ayırım yapmaktadır.¹⁷ Olguların varlığı ispat edilebilirken, değer yargılarının doğruluğu kanıtlanmaya açık değildir ve bu durumda, bir değer yargısının doğruluğunu kanıtlama gerekliliğinin yerine getirilmesi imkansızdır ve Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan hakkın temel bir parçası olan görüş özgürlüğünün kendisini ihlal edecektir.¹⁸ Bununla birlikte, bir değer yargısının aktarıldığı durumlarda, bir müdahalenin orantılılığı, ilgili ifade için yeterli bir olgusal temel olup olmadığına bağlı olacaktır: ancak, değer yargısının kendisi aşırı olabilecektir.¹⁹ Olgusal bir iddia ile bir değer yargısı arasında ayırım yapmak için, kamu menfaatine ilişkin iddiaların bu temelde gerçeklerden ziyade değer yargıları teşkil edebileceğini gözetenek davanın koşullarını ve açıklamaların genel tonunu dikkate almak gerekir.²⁰
13. Yerel mahkemeler, tüm bu faktörleri göz önünde bulundurarak, çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurmakla yükümlüdür. Bu dengeleme işleminin yapılmaması durumunda, sözleşme haklarının ihlaline neden olabilecektir. Örneğin Mahkeme, *Khadija İsmayilova (3)*²¹ davasında, yerel mahkemelerin başvuruçunun 8. madde kapsamındaki hakları ile gazetenin ifade özgürlüğü hakkı arasında yeterli bir dengeleme işlemi yapmadıklarına ve davalı devletin, başvuruçuların özel hayatına ve itibarına saygı hakkının korunmasını sağlamak için yeterli önlemlerin alınmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediklerine karar vermiştir.

¹³ *Fressoz ve Roire/Fransa* [BD], no. 29183/95, 21.01.1999, § 54; *Radio France ve Diğerleri/Fransa*, no. 53984/00, 30.03.2004, § 37; *July ve Sarl Libération/Fransa*, no. 20893/03, 14.02.2008, § 69.

¹⁴ *Fressoz ve Roire*, § 45; *Mamère/Fransa*, no. 12697/03, 07.11.2006, § 25.

¹⁵ *Falakaoğlu ve Saygılı/Türkiye*, no. 11461/03, 19.12.2006, § 27.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Lingens/Avusturya*, no. 9815/82, 08.07.1986, § 46; *Oberschlick/Avusturya* (no. 1), no. 11662/85, 23.05.1991, § 63.

¹⁸ *De Haes ve Gijssels/Belçika*, no. 19983/92, 24.02.1997, § 42.

¹⁹ *De Haes ve Gijssels*, § 47; *Oberschlick/Avusturya* (no. 2), no. 20834/92, 01.07.1997, § 33; *Brasilier/Fransa*, no. 71343/01, 11.04.2006, § 36; *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa* [BD], nos. 21279/02 ve 36448/02, 22.10.2007, § 55.

²⁰ *Paturel/Fransa*, no. 54968/00, 22.12.2005, § 37.

²¹ *Khadija İsmayilova/Azərbaycan (3)*, no. 35283/14, 07.05.2020, §§ 77, 78.

Masumiyet Karinesi Hakkı

14. Bir suçun işlendiğine ilişkin iddialar içeren şikâyet durumlarında, Sözleşme'nin 6/2. maddesinde yer alan masumiyet karinesi hakkı devreye girebilmektedir. Herkesin masum sayılma hakkı vardır. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. Bu nedenle, bu ilke, savcılık makamının bir sanığın suçunu kanıtlamasını gerektirmektedir ve sanığı masumiyetini kanıtlamak için herhangi bir yükümlülüğü yoktur. Bu ilke, mahkeme üyelerine şüpheli veya sanığın suçu işlediğine dair önyargı olmaksızın başlama zorunluluğunu ve savcılık makamına ise ispat yükünü yüklemektedir. Sözleşme'nin 6/2. maddesi, kovuşturmanın sonucuna bakılmaksızın ceza yargılamasını bütünüyle düzenler ve yalnızca suçlamanın esastan incelenmesini kapsamamaktadır.²²
15. Masumiyet karinesi, aynı zamanda, bir suç isnadından beraat etmiş veya hakkındaki ceza soruşturması sona ermiş olan kişileri, kamu görevlileri ve yetkilileri tarafından gerçekte isnat edilen suçtan mahkûm olmuş gibi muamele görmekten korumaktadır. Başka bir yargılamada verilen beraat veya takipsizlik kararına saygı gösterilmesini sağlayacak güvencelerin bulunmaması halinde, 6/2. madde ile sağlanan güvenceler teorik ve sahte hale gelecektir. Başka bir sorun ise ceza davası sonuçlandıktan sonra da söz konusu olabilecek, kişinin itibarı ve bu kişinin halk tarafından nasıl algılandığına ilişkindir.²³ Mahkeme, ceza yargılamasının sona ermesinin ardından, masumiyet karinesinin, bir kişinin cezai mahkumiyetinin olmamasının, niteliği ne olursa olsun başka herhangi bir yargılamada korunmasını gerektirdiğini belirtmiştir.²⁴ Ayrıca, beraat kararının hüküm fıkrasına, ilgili kişinin cezai sorumluluğuna doğrudan veya dolaylı olarak atıfta bulunan her makam tarafından saygı gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁵
16. Mahkeme, birçok davada, güçlü bir basın kampanyasının kamuoyunu etkileyerek yargılamanın adilliğini olumsuz etkileyebileceğini ve bu durumun sonuçta bir sanığın suçlu olup olmadığı hakkında karar vermesi istenen jüri üyelerini, etkileyebileceğini yinelemiştir.²⁶ Mahkeme aynı zamanda, güncel olayların basında yer almasının, Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan bir ifade özgürlüğü kullanımını olduğunu kaydetmektedir. Görülmekte olan bir dava hakkında güçlü bir basın kampanyası yürütüldüğü durumlarda, belirleyici olan, ne kadar anlaşılabilir olsa da, şüphelinin yargılama makamlarının sahip olması gereken önyargı yokluğuna ilişkin öznel algıları değil, , davanın somut koşullarında korkularının objektif gerekçelerinin bulunup bulunmadığıdır.²⁷

²² *Poncelet/Belçika*, no. 44418/07, 30.03.2010, § 50; *Minelli/İsviçre*, no. 8660/79, 25.03.1983, § 30; *Garycki/Polonya*, no. 14348/02, 06.02.2007, § 68.

²³ *Allen/Birleşik Krallık [BD]*, no. 25424/09, 12.07.2013, § 94.

²⁴ *Vanjak/Hırvatistan*, no. 29889/04, 14.01.2010, § 41; *Šikić/Hırvatistan* no. 9143/08, 15.07.2010, § 47.

²⁵ *Vassilios Stavropoulos/Yunanistan*, no. 35522/04, 27.09.2007, § 39; *Tendam/İspanya*, no. 25720/05, 13.07.2010, § 37; *Lorenzetti/İtalya*, no 32075/09. 10.04.2012, § 46.

²⁶ *Akay/Türkiye (dec.)*, no. 34501/97, 19.02.2002; *Wloch/Polonya (dec.)*, no. 27785/95, 30.03.2000; *Priebke/İtalya (dec.)*, no. 48799/99, 05.04.2001; *G.C.P/Romanya*, no. 20899/03, 20.12.2011, § 46.

²⁷ *Castillo Algar/İspanya*, no. 28194/95, 28.10.1998, § 45.

17. Mahkeme ayrıca, bu bağlamda 6. maddenin 2. fıkrasında sağlanan korumanın, 8. maddenin sağladığı korumayla bir dereceye kadar örtüşebileceğini belirtmiştir.²⁸ İFÖD, sorumlu gazetecilik gereğince basının beraat kararlarına saygı göstermesi gerektiği ve beraat kararını yok sayarcasına yayın yapmaya devam etmekten kaçınması gerektiği görüşündedir. Bu nedenle, bu nitelikte bir dava hakkında karar veren yerel mahkemelerin, beraat etmiş bir kişinin masumiyet karinesi hakkına basın tarafından saygı gösterip göstermediğini değerlendirmesi kaçınılmazdır.
18. İç hukuk yollarının tüketilmesi hususunda ise Mahkeme, tazminata hükmedilmesinin masumiyet karinesi hakkının ihlalini tam olarak telafi edemeyeceğine ve bu nedenle tazminat için hukuk davasının Sözleşme'nin 35/1. maddesi açısından etkili bir hukuk yolu olamayacağına karar vermiştir.²⁹
19. Mahkeme, *A/Norveç*³⁰ davasında, başvurucunun herhangi bir kamu otoritesi tarafından cezai bir suçla itham edilmediğine karar vermiş ve Sözleşme'nin 6/2 maddesinin uygulanabilir olmadığına ve konu bakımından (*ratione materiae*) bağdaşmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme, yukarıdaki sonucun, Mahkeme'nin 8. madde kapsamında gerçekleştirilen dengeleme uygulamasında 6. maddenin 2. fıkrası ile korunmaya çalışılan menfaatleri dikkate almasına engel olmadığını belirtmiştir.
20. İFÖD, Mahkeme'nin somut başvuruların kabul edilebilirliği ve esasını değerlendirirken başvuruların masumiyet karinesini dikkate alması gerektiği görüşündedir.

5651 sayılı Kanunun 9. Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesi

21. 04.05.2007 tarihinde kabul edilen 5651 sayılı Kanun 23.05.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³¹ Kanunun ilk amacı, belirli içerik türlerine erişimi engelleyerek çocukları zararlı içeriklerden korumaktır. 17-25 Aralık 2013 yolsuzluk soruşturmalarının ardından, Şubat 2014'te 6518 Sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'da çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Yeni değişikliklerle birlikte 5651 Sayılı Kanun'a erişimin engellenmesine ilişkin iki tedbir daha eklenmiştir. 5651 Sayılı Kanun'un "İçeriğin yayından kaldırılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9. maddesi "kişilik hakların ihlalini" önlemek için içeriğe erişimin engellenmesini mümkün kılarken, 9/A maddesi "özel hayatı korumak" amacıyla içeriğin erişime engellenmesini mümkün kılmıştır. Daha sonra, 9. madde Temmuz 2020'de bir kere daha değiştirilmiştir ve mevcut hali, erişim engelleme tedbirine ek olarak "içeriğin kaldırılması" ve "unutulma hakkı" önlemlerini de içermektedir.
22. 9. madde, İnternette yayınlanan bilgilerin bir sonucu olarak "kişilik hakların" ihlali nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi/kaldırılması için bir usul öngörmektedir. Birinci fıkraya göre, gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, "kişisel haklarının" ihlal edildiğini iddia

²⁸ *Zollmann/Birleşik Krallık* (dec.), no. 62902/00, 27.11.2003; *Taliadorou ve Stylianou/Kıbrıs* nos. 39627/05 ve 39631/05, 16.10.2008, §§ 27 ve 56-59.

²⁹ *Daktaras/Litvanya* no. 42095/98, 10.10.2000, § 29; *Konsta/Yunanistan*, no. 53466/0, 24.05.2011; *Paulikas/Litvanya*, no. 57435/09, 24.01.2017, § 41.

³⁰ *A/Norveç*, no. 28070/06, 09.04.2009, §§ 46, 47; *Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç* [GC], no. 21980/93, § 65; *Allenet de Ribemont*, §§ 34-37; *Kyriakides/Kıbrıs*, no. 39058/05, 16.10.2008, § 35.

³¹ *Ahmet Yıldırım/Türkiye*, no. 3111/10, 18.12.2012 ve *Cengiz ve Diğerleri*, nos. 48226/10 14027/11, 01.12.2015.

etmeleri halinde, ilgili içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcıdan bu tür içeriğin kaldırmasını isteyebilir veya yaygın uygulamada olduğu gibi, doğrudan sulh ceza hakiminden bu tür içeriğe erişimin engellenmesini talep edebilmektedir. Hâkim, duruşma yapmadan 24 saat içinde ve iddia edilen kişisel hak ihlali ile ilgili olarak belirli bir yayına/bölüme (URL vb. şeklinde) erişimi engelleyen bir karar vermektedir.³² Anayasa Mahkemesine göre, 9. madde kapsamında hâkimler tarafından verilen erişimin engellenmesi kararları, kanun bu tedbirler³³ için bir süre sınırı getirmese de teknik açıdan ihtiyati tedbirlerdir. Uygulamada, bu tür içerikler, engelleme kararlarına itiraz edilmezse süresiz olarak engelli kalabilirler.

23. Sulh ceza hâkimliklerinin erişimin engellenmesi kararlarına karşı yapılan itirazlar, çok sayıda hâkimlik bulunan yerlerde bir üst numaralı sulh ceza hâkimliklerince incelenmektedir. İtiraz prosedüründe sulh ceza hâkimliği tarafından verilen karar kesindir ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma imkânı dışında bir üst mahkemede itiraz mümkün değildir.
24. Halihazırda mevcut haliyle, 9. madde kapsamındaki usul, tedbir kararından sonra herhangi bir hukuk veya ceza davası açılmasını gerektirmemektedir ve 9. madde kapsamında başarılı bir şekilde erişimin engellenmesi talebi kabul edilen kişiler, bir hukuk davası veya ceza davası kapsamında ihlal iddialarını ileri sürmek zorunda değildir. Bu nedenle, Venedik Komisyonu'nun belirttiği üzere, 9. madde kapsamındaki usul, yerel mahkemeler önünde derdest bir ceza veya hukuk muhakemesi usulü çerçevesinde alınan geçici veya ihtiyati tedbirlerle ilgili olmayıp, "erişimin engellenmesi"³⁴ ile sonuçlanan bağımsız bir usul ve talep edenler için özel bir çözüm oluşturmakta ve dolayısıyla içerik sağlayıcılar için belirsiz bir yaptırım haline gelmektedir. Sonuç olarak, bu kararların bir mahkeme tarafından incelenmesi imkânı ile içerik sağlayıcıların kendilerini savunma imkânı yoktur.
25. Venedik Komisyonu, öngörülen kısa süreyi (24 saat) ve herhangi bir üst mahkemeye itiraz imkanı olmaksızın sulh ceza hâkimlerince inin duruşma yapmadan erişim engelleme kararı verildiğini göz önünde bulundurarak, İnternette ifade özgürlüğü hakkını korumak için gerekli usul güvencelerini sağlamadığı gerekçesiyle kanun maddesini eleştirmiştir.³⁵ Venedik Komisyonu, 9. madde kapsamındaki usulün, müteakip bir ceza veya hukuk yargılamasına bağlı hale getirilmesi gerektiğini ve bu usul kapsamındaki erişimin engellenmesine ilişkin kararın, yalnızca esas hakkında karar verinceye kadar ve açık hukuka aykırılık hallerinde telafisi mümkün olmayan bir zarar tehlikesine dair makul bir şüphe olduğunda ceza veya hukuk davaları kapsamında alınabilecek bir "ihtiyati tedbir" teşkil etmesi gerektiğini tavsiye etmiştir. Müteakip ceza veya hukuk yargılamalarında, yargılama hâkimi, erişimin engellenmesine ilişkin ihtiyati tedbirin sürdürülmesinin gerekliliğini gözden geçirebilmeli; tehlikeyi veya makul şüpheyi destekleyen unsurların bulunmadığını düşünürse bu tedbiri derhal kaldırabilmelidir.³⁶

³² İstisnai durumlarda ve gerektiğinde, URL'ye dayalı kısıtlamanın iddia edilen kişilik hakkı ihlali gidermek için yeterli olmaması halinde hakimlikler, web sitesinin topyekûn erişime engellenmesine de karar verebilir.

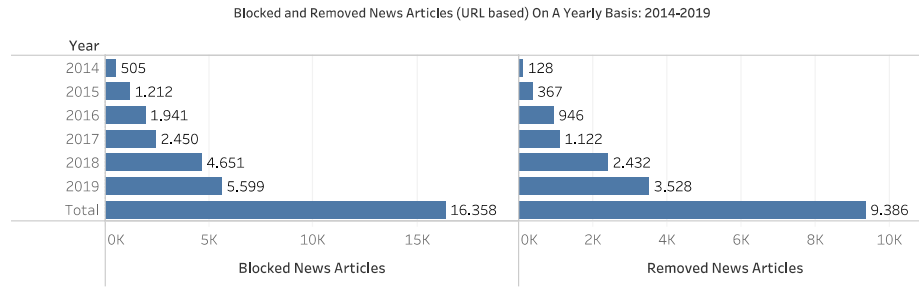
³³ Bkz. *Ali Kıdık*, B. No: 2014/5552, 26.10.2017.

³⁴ Venedik Komisyonu, 5651 sayılı Kanun (İnternet Kanunu) hakkında Görüş, 107. Oturum (Venedik, 10-11 Haziran 2016), para. 59

³⁵ *Ibid*, para. 60.

³⁶ Venedik Komisyonu, *Ibid*, para. 61.

26. Ancak, Venedik Komisyonu'nun tavsiyesine ulusal makamlar tarafından uyulmamış, aksine, 31.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7253 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle sulh ceza hâkimliklerinin içeriğin kaldırılmasına karar vermesine olanak sağlayarak hükmün kapsamı genişletilmiştir.
27. 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamındaki usulün içerik sağlayıcılar için herhangi bir usul güvencesi sağlamadığı unutulmamalıdır. İçeriğe erişimin engellenmesi ve/veya kaldırılması talebi, içerik sağlayıcılara bildirilmemekte ve savunmalarını yapmalarına izin verilmemektedir. Genel olarak, erişim engelleme kararları içerik sağlayıcılara bildirilmemektedir; bu nedenle bir haber sayfasına erişimin hakimlik kararıyla engellendiğini bilmemekte ve bu kararlara itiraz edememektedirler. Bununla birlikte, böyle bir hüküm, Mahkeme'nin içtihadıyla açıkça çelişmektedir. Mahkeme, kısa bir süre önce, İnternete erişimin engellenmesi tedbirleri yoluyla ifade özgürlüğüne müdahale ederken sözleşmecî devletler tarafından gözetilecek usul güvencelerine ilişkin içtihatlarını detaylandırmıştır.³⁷ Mahkeme, bir dizi usul güvencesi sıralamıştır: (i) web sitesi sahiplerinin engelleme yargılamasına katılımını sağlamak için etkilenen taraflara engelleme tedbirlerinin önceden bildirilmesi, (ii) erişimin engellenmesi öncesinde yetkililerin bir etki değerlendirmesi yapma yükümlülüğünü veya gecikmesinde sakınca bulunan halin gerekçesinin açıklanması, (iii) web sitesi sahiplerine yasadışı içeriği kaldırma fırsatı verme ve (iv) etkilenen tarafların dinlenilmesi ve tedbire itiraz edilmesi için mahkeme veya diğer bağımsız yargılama organı gibi bir forum sağlama gibi güvencelerin sağlanması gerekir.³⁸
28. 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesi, İnternet içeriklerine erişimi engellemek için yaygın olarak kullanılmaktadır. 2017 sonu itibarı ile 48.665 adet hakimlik kararı ile toplam 99.952 farklı İnternet sitesine erişimin engellenmesine karar verilmiştir. EngelliWeb projesi kapsamında İFÖD, engelleme uygulamasını basın ve haberler açısından değerlendirmiş ve 2019 sonuna kadar 408 ayrı sulh ceza hâkimliği tarafından verilen 4.158 ayrı karar ile 9. madde kapsamında 16.358 tekil haberin (URL adresi) engellendiğini (bunların 9.386'sı kaldırılmıştır) tespit etmiştir.³⁹

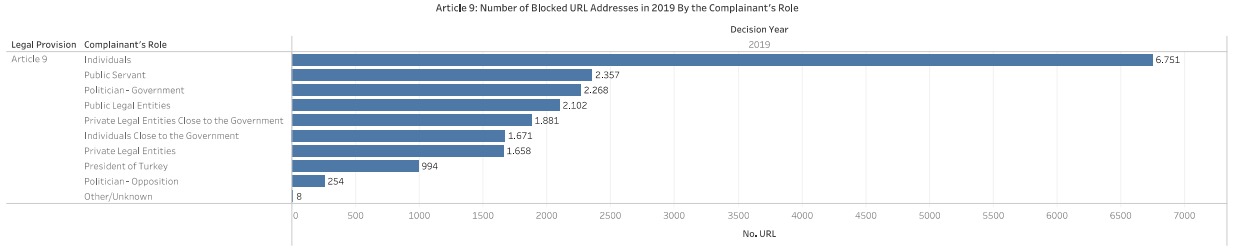


³⁷ *OOO Flavus ve Others/Rusya*, no. 12468/15 23489/15 19074/16, 23.06.2020; *Bulgakov/Rusya*, no. 20159/15, 23.06.2020; *Engels/Rusya*, no. 61919/16, 23.06.2020; *Vladimir Kharitonov/Rusya*, no. 10795/14, 23.06.2020.

³⁸ Güngördü, A., Strasbourg Mahkemesi İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Standartlarını Belirledi, (The Strasbourg Court Establishes Standards on Blocking Access to Websites), Strasbourg Observer, <https://strasbourgobservers.com/2020/08/26/the-strasbourg-court-establishes-standards-on-blocking-access-to-websites/>

³⁹ Akdeniz, Y. & Güven, O., EngelliWeb 2019: Buzdağının Görünmeyen Yüzü, İFÖD, Ağustos 2020, s. 24.

29. Ayrıca İFÖD, EngelliWeb raporu kapsamında 2019 yılında 9. madde kapsamında verilen toplam 1138 karar ve bu kararlarla erişime engellenen sadece haber değil, sosyal medya paylaşımları da dahil olmak üzere toplam 19.044 URL adresi tespit etmiştir. Bu kararlar talep edenin sıfatına göre kategorize edildiğinde ve değerlendirildiğinde, aşağıda erişime engellenen içeriklerin çoğunluğunun kamu görevlileri, hükümetle bağlantılı siyasetçiler, kamu tüzel kişileri ve yetkilileri, hükümete yakın kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ve Cumhurbaşkanı tarafından talep edildiği görülmektedir.



30. Anayasa Mahkemesi Ekim 2017'de verdiği Ali Kılık kararında⁴⁰ Venedik Komisyonu'nun görüşünün aksine 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine tabi **erişimin engellenmesi kararlarının cezai veya idari yaptırım olmadığını, koruma tedbirleri** olduğunu belirtmiş ve 9. maddede öngörülen erişim engelleme prosedürünün her türlü yazı veya haber için uygulanabilecek bir tedbir olmadığını, ancak istisnai bir yasal çözüm olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine tabi olan erişim engelleme kararlarının, ancak kişilik hakkı ihlallerinin daha fazla incelemeye ihtiyaç duyulmadan ilk bakışta fark edilebildiği durumlarda sulh ceza hâkimleri tarafından verilebileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilk bakışta ihlal değerlendirmesi yapma yükümlülüğünü, kişilik hakları ile ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünü hızlı bir şekilde koruma ihtiyacı arasında adil bir denge sağlamak için bir ön koşul olarak kabul etmiştir.⁴¹

31. Anayasa Mahkemesinin 9. madde kapsamındaki usulü, koruma tedbiri olarak tanımlamasına rağmen, ihtilaf konusu hükmün bu yaklaşımı desteklemediğine dikkat edilmelidir. Venedik Komisyonu tarafından doğru olarak tespit edildiği üzere 5651 sayılı Kanun, sulh ceza hâkimliği tarafından erişim engelleme kararı verildikten sonra hukuk veya ceza davası açılmasını gerektirmemektedir ve sulh ceza hâkimliklerinin engelleme kararlarının nihai kararlar olarak kabul edilmesi daha da endişe vericidir.

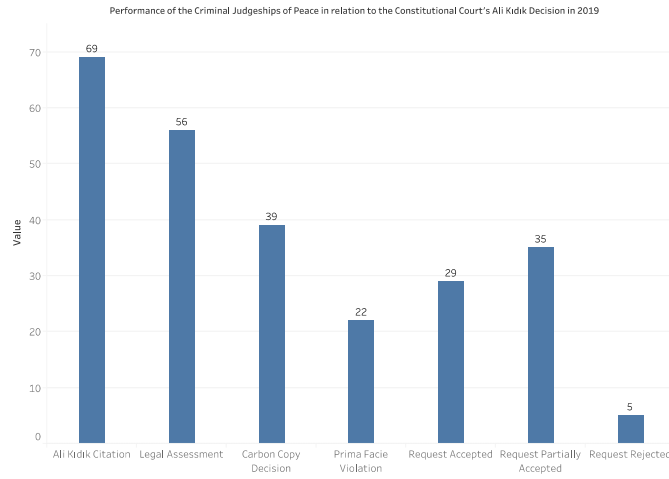
32. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar 15 farklı başvuruda Ali Kılık kararına ve ilk bakışta ihlal ilkesine atıfta bulunmuştur.⁴² Anayasa Mahkemesinin Ali Kılık kararı, sulh ceza hâkimlikleri

⁴⁰ Ali Kılık Başvurusu, B. No: 2014/5552, 26.10.2017.

⁴¹ EngelliWeb 2019, s.38.

⁴² Kemal Gözler Başvurusu, (No: 2014/5232, 19.04.2018); Miyase İlknur ve Diğerleri Başvurusu (No: 2015/15242, 18.07.2018); A.A. Başvurusu, (No: 2014/7244, 12.09.2018); Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. Başvurusu, (No: 2015/6313, 13.09.2018); IPS İletişim Vakfı Başvurusu (No: 2015/14758, 30.10.2018); Özgen Acar Application, (No: 2015/15241, 31.10.2018); IPS İletişim Vakfı Başvurusu (2) (No: 2015/15873, 07.03.2019); Barış Yarkadaş Başvurusu (No: 2015/4821, 17.04.2019); Medya Gündem Dijital

dahil tüm derece mahkemeleri için bağlayıcıdır. Bu nedenle sulh ceza hakimlerinin 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi kapsamında yapılan talepleri değerlendirirken ve erişim engelleme ile ilgili kararları vermeden önce ilk bakışta ihlal değerlendirmesi yapmaları gerekmektedir. Bununla birlikte İFÖD, EngelliWeb raporu kapsamında 2019 yılında Türkiye genelinde 690 sulh ceza hâkimliği tarafından 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi kapsamında yaklaşık 6200 erişim engelleme kararı verildiğini tespit etmiştir. Bu 6200 karar arasında sadece 69 kararda Anayasa Mahkemesi'nin Ali Kızık kararına atıfta bulunulmuş ve bu kararların sadece 22'sinde “ilk bakışta ihlal” değerlendirmesi yapılmış, kalan 47 karar sadece kararın başvuru numarasına atıfta bulunulmuştur.⁴³



33. Bu sayılar, Anayasa Mahkemesinin 9. maddeye ilişkin içtihadının sulh ceza hâkimlikleri tarafından sistematik olarak göz ardı edildiğini göstermektedir. EngelliWeb raporu kapsamında İFÖD tarafından değerlendirilen örneklerden de görülebileceği gibi, 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine tabi siyasi figürlerin talebi üzerine sulh ceza hâkimlerince, kamusal yarara ilişkin haberlere herhangi bir çatışan haklar değerlendirmesi veya AYM tarafından geliştirilen “prima facia” ihlal testi uygulanmaksızın erişim sistematik olarak engellenmektedir. Öte yandan, muhalif siyasetçilere veya bireylere yönelik karalama kampanyası içeren hükümet yanlısı medyanın internet sitelerine erişimin engellenmesi talepleri, ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü savları ile sulh ceza hâkimlikleri tarafından sistematik olarak reddedilmektedir. Hükümet yanlısı basının bazı haberleri engellenmiş olsa da, bunlar siyasi içerikten çok, öncelikle magazin haberleri niteliğindedir. Yukarıda belirtildiği gibi (bkz. 29. paragraf ve beraberindeki grafikler) sulh ceza hâkimliklerince kabul edilen engelleme taleplerinin çoğu, kamu görevlileri, hükümetle bağlantılı siyasetçiler, kamu tüzel kişilikleri ve yetkilileri, iktidara yakın gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ve

Yayıncılık Ticaret A.Ş (3) Başvurusu (No: 2015/16499, 3.07.2019); Eğitim-SEN Başvurusu (No: 2015/11131, 4.07.2019); Kemalettin Bulamacı Başvurusu (No: 2016/14830, 4.07.2019); Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (3) (No: 2015/17387, 20.11.2019); Kerem Altıparmak Başvurusu (No: 2015/8193, 27.11.2019); Kemal Gözler Başvurusu (2) (No: 2015/5612, 10.12.2019); Aykut Küçükakaya Başvurusu (No: 2014/15916, 09.01.2020).

⁴³ EngelliWeb 2019, s.39.



Cumhurbaşkanının kendisi tarafından yapılmıştır. Hükümün uygulanmasındaki bu şekilde bir çifte standart, ayrımcı etkiler yaratmaktadır.

34. Üstüne üstlük Anayasa Mahkemesi, sulh ceza hâkimleri tarafından erişimin engellenmesi talepleri reddedilen başvurucuların başvurularını hukuk davası yolunun tüketilmediği gerekçesiyle reddetmektedir. Bu da tuhaf bir sonuç doğurmaktadır. Hakaretin ciddiyetine bakılmaksızın, bir kişi hukuk davası açmazsa, Anayasa Mahkemesine ve ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuramayacaktır. Ancak hükümeti veya siyasetçileri eleştiren nitelikteki haberlerin neredeyse tamamı sulh ceza hâkimliği kararları ile saatler içinde engellenmekte hatta kaldırılmaktadır. Basın, içerik sağlayıcılar olarak Anayasa Mahkemesine bireysel bir başvuruda bulunmak ve haberlere ilişkin hukuka aykırı şekilde alınan erişimin engellenmesi kararlarını kaldırtmak için Mahkeme kararını yaklaşık beş yıl beklemek zorunda kalmaktadır.
35. Yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar göz önüne alındığında, İFÖD, Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımının iktidardaki siyasetçiler ve devlet kurumları ile itibarını ve kişilik haklarını korumaya çalışan diğer kişiler arasında eşitsizlik yarattığını ileri sürmektedir. Muhalif siyasetçilerin veya muhaliflerin, iktidar yanlısı basına yönelik talepleri neredeyse hiçbir zaman kabul edilmezken, yayınları hiçbir zaman kaldırılmaz veya erişimi engellenmezken, iktidar partili siyasetçilerinin talepleri genel olarak kabul edilmekte ve muhalif basının içeriklerine erişim engellenmekte ve içerik kaldırılmaktadır.

Sonuç

36. İFÖD'ün açıklamaya çalıştığı üzere 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ağırlıklı olarak AİHM içtihadının aksine eleştirel gazeteciliği sansürlemek ve Türkiye'deki kamusal tartışmayı susturmak isteyen iktidardaki siyasilere ayrıcalıklı koruma sağlamak için kullanılmaktadır. Bu "tek yön bilet" mekanizmasıyla ilgili sorunlar, Anayasa Mahkemesinin ilkesel yaklaşımı ile de çözüme kavuşturulamamıştır, zira Mahkeme sorunun bir parçası haline gelirken, kararları sulh ceza hâkimlikleri tarafından neredeyse tamamen göz ardı edilmektedir.
37. İFÖD, Mahkeme'yi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin Sözleşme standartlarına aykırı olduğunu ve Türkiye'deki yargı uygulamalarının muhalif siyasetçiler ve muhalifler üzerinde ayrımcı etki yarattığını dikkate almaya davet etmektedir.

18.11.2020

İfade Özgürlüğü Derneği-İFÖD (Türkiye)

Web: <https://ifade.org.tr> Twitter: @ifadeorgtr

İfade Özgürlüğü Derneği resmi olarak ifade ve düşünce özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi için Ağustos 2017'de kurulmuştur. Yeni Dernek, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğünden ve bilgi ve bilgiye erişim ve bilgi yayma hakkından yararlandığı bir toplum öngörmektedir.