

Türkiye’de İnternet Mevzuatı Uygulamasına Global Bir Bakış: Resmin Neresindeyiz? Dışında mı?

Av. Gönenç Gürkaynak

ELİG Lokmanhekim Gürkaynak Ortak Avukat Bürosu, Yönetici Ortak.
gonenc.gurkaynak@elig.com

Özet: Temel hakların İnternet üzerindeki varlığını korumak adına, çağın teknolojik yeniliklere ve sosyal ihtiyaçlara ayak uydurabilen ve aynı zamanda Anayasa tarafından güvence altına alınmış hakları ihlal etmeyen, hem kişilik haklarını hem de ifade özgürlüğünü aynı dengede taşıyabilen bir İnternet mevzuatına demokratik bir toplum için ihtiyaç bulunmaktadır. Yasaklayıcı, İnternet sitelerinin erişime engellenmesi kararlarının keyfi bir şekilde verildiği, fikirlerin özgürce çarpışmadığı bir ülkede ne hukuk devletinden ne de ilerlemeden bahsedilebilecektir. İfade özgürlüğüne azami özeni gösteren devletlerin, İnternet hukuku düzenlemeleri de aynı hassasiyetleri taşımaktadır. Diğer yandan, temel hakların korunmasında daha geri sıralarda kabul edilebilecek devletlerde ise, İnternet düzenlemeleri bakımından da kısıtlayıcı ve yasaklayıcı irade hakimdir. Türkiye’de yasa koyucunun İnternet özgürlüklerine bakış açısı, Türkiye’nin temel haklar bakımından benimsediği değerlerin anlaşılabilirliği bakımından yol gösterici niteliktedir.

Anahtar Sözcükler: 5651 Sayılı Kanun, İfade Özgürlüğü, Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti, Düşünce ve Kanaat Hürriyeti, Türk İnternet Hukuku

Abstract: In order to protect fundamental rights through internet medium, internet legislation which is harmonized with the latest developments of the technology and social needs, which does not violate the basic rights that are protected by the Constitution and which can balance personal rights and the freedom of speech, is a need for a democratic society. In a state which is inclined to restrict the internet, where access ban decision against websites are granted as arbitrary decision and where the ideas cannot clash freely; “state of law” principle and progress cannot survive either. Countries which are sensitive towards the freedom of speech, are also governing the internet in a similar sensitive manner accordingly. Whereas, the countries which are known to be at lower tiers for protecting the fundamental rights, also adopt restricting and prohibiting provisions for the internet. Perspective of the Turkish legislators regarding internet freedoms is a guiding light for understanding Turkey’s values for basic rights.

I. Giriş

Türk hukukunda İnternet’e ilişkin düzenlemeler, temel olarak 26530 Sayılı ve 23 Mayıs 2007 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış olan ve İnternet hukukuna ilişkin özel kanun niteliğinde olan 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (“5651 Sayılı Kanun”) ile yapılmaktadır. 5651 Sayılı Kanun’da İnternet aktörlerinin sorumluluk ve yükümlülükleri, erişimin engellenmesi kararlarının usul ve esasları ve içeriğin yayından çıkarılmasının usul ve esasları düzenlenmiştir.

Bu bildiride Türkiye’nin İnternet özgürlüklerine olan bakış açısı genel itibarıyla incelenecek, 5651 Sayılı Kanun’un Türkiye’deki ifade özgürlüğüne ve Türk İnternet Hukuku’na etkisi tartışılacak ve diğer ülkelerin İnternet mevzuatı ile karşılaştırma yapılarak Türk İnternet mevzuatının hali hazırda eksik kalan ve problemli görülen yönleri değerlendirilecektir.

31 Aralık 2013 verilerine göre 7 milyarı aşkın dünya nüfusunun yaklaşık 3 milyarı aktif olarak İnternet kullanırken¹, Türkiye İstatistik Kurumu’nun 2014 yılı Haziran ayı sonu açıklanan verilerine göre Türkiye’deki İnternet abone sayısının 37 milyon civarında olduğu belirtilmektedir². İnternet’e ilişkin hukuki düzenlemelerin önemi de bu istatistiki verilerle paralel olarak her geçen yıl katlanarak artmakta, ancak bu konudaki açığı doldurması beklenen hukuki düzenlemeler ne yazık ki aynı hızla yürürlüğe girmemektedir. İnternet kullanımındaki bu hızlı artış ile İnternet kullanıcılarının ifade özgürlüklerinin ve gizlilik haklarının korunması büyük önem arz etmeye başlamaktadır. Zira son yirmi yılda devletler İnternet’in kullanıcılarının inisiyatifine bırakılmayacak derecede güçlü bir mecra olduğuna karar vermiş ve İnternet’in devletler eliyle yönetilmesine ilişkin

¹ Usage and Population Statistics, Internet World Stats, 2014, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>

² TÜİK, ‘Sabit telefon, cep telefonu ve İnternet abone sayısı’ (2014) http://www.tuik.gov.tr/PreIstatistikTablo.do?istab_id=1580

adımlar atılmaya başlanmıştır. Devletlerin İnternet mecrasına müdahalesine ilk belirgin tepki, 1996 yılında Davos'ta "Siber Alemin Bağımsızlık Bildirgesi"³ başlığı ile dönemin devlet adamlarına hitaben kaleme alınan İnternet özgürlüğü bildirgesidir. Bu bildirge, İnterneti yönetmek ve yasaklamak isteyen devletlere; "Gelecek adına ben, geçmişte kalan sizlerden, bizi yalnız bırakmanızı istiyorum. Aramıza hoş gelmediniz" ifadeleri ile seslenmektedir.

Yalnızca Avrupa Birliği'ne üye devletlerde dahi 2020 yılında 1,9 Trilyon Avroluk bir hacmi olması beklenen⁴ dev İnternet ekonomisi ve son yıllarda gerçekleşen toplumsal olaylarda sosyal medyanın vazgeçilmez rolü dikkate alındığında, devletlerin İnternet'i kontrol altına alma iradesi daha iyi anlaşılabilir. Bu kontrol etme iradesi, her şey şeyden önce uluslararası sözleşmeler ile temel bir hak olarak kabul edilen ifade özgürlüğünü hedef almaktadır.

İfade özgürlüğü, insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da toplumun diğer fertleriyle birlikte çeşitli iletişim mecralarını kullanarak serbestçe açıklayabilmesi, başkalarına aktarabilmesi anlamına gelmektedir⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Handyside v. Birleşik Krallık kararında dile getirdiği üzere; "*ifade özgürlüğü, sadece lehe söylenen veya zararsız ya da ilgisiz olan bilgi ve fikirler için değil; ayrıca devleti veya toplumdaki herhangi bir kesimi incitici, şoke edici veya rahatsız edici bilgi ve fikirler için de uygulanır. Bunlar, olmamaları halinde "demokratik bir toplumdaki bahsedilemeyen çoğulculuk, tahammül ve açık fikirliliğin gereklidir. Bu, bu alanda dayatılan her "formalite", "şart", "sınırlama" ve "cezanın" ulaştırılması istenilen yasal amaca uygun olması gerektiği anlamına gelir*"⁶.

İnternet'te ifade özgürlüğü ise en genel anlamıyla devlet kurum ve kuruluşlarının İnternet'te yer alan ve hatta devleti veya toplumdaki belli bir kesimi incitici, şoke edici veya rahatsız edici bir içeriğe yaptıkları her türlü hukuka aykırı müdahalenin önüne geçilmesi demektir. Gelişmekte olan Türkiye'nin gelişmesi beklenen İnternet ve ifade özgürlüğü anlayışına daha nitelikli bir hukuki boyut kazandırma umutlarıyla, 2007 yılında ülkemizde yürürlüğe giren 5651 Sayılı Kanun, İnternet yoluyla kişisel hak ihlallerinin

yorumlanması ve erişime engelleme usul ve esasları bakımından ne yazık ki hem yetersiz hem de ulusal ve uluslararası hukuk tarafından korunan ifade özgürlüğü bakımından geride kalmaktadır.

II. Türkiye'de İnternet Yönetişimi Anlayışına Genel Bir Bakış ve Eleştiriler

1982 Anayasası 1961 Anayasası'ndan farklı olarak düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceleri açıklama özgürlüğünü Anayasa Mahkemesi'nin 1960'lı yıllarda verdiği kararları dayanak göstererek ayrı maddelerde düzenlemiştir. 1982 Anayasası'nın "düşünce ve kanaat hürriyeti" başlıklı 25. maddesinin birinci fıkrasında herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu belirtilmiştir. "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında ise; "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir" denmektedir⁷. Kanun koyucu düşünce ve kanaat hürriyetinin anayasal bir hak olmasını sağlayan 25. madde ile bu hakkı yayma hürriyetini sağlayan 26. maddeyi ayrı tutmak istemiş; her iki hürriyetin bağlantılı olduğunu ancak nitelikleri ve sonuçları bakımından birbirinden farklı oldukları belirtilmiştir. Hâlbuki 25. ve 26. maddeleri ayrı tutmak "düşünce" ve "kanaat" kavramlarına tamamen aykırı düşecektir ve dolayısıyla bu kavramlar birlikte değerlendirilmelidir. Zira Anayasa'nın 25. maddesinde korunan düşünce ve kanaat hürriyeti ancak dış dünyaya açıklandığı halde düşünce ve kanaat niteliğini kazanacak ve bu hürriyetin korunması yani düşünceyi ve kanaati açıklama ve yayma hürriyetinin korunması ile tam olarak sağlanabilecektir. Aksi halde zaten kişinin iç dünyasında kalan düşünceler hukuk dünyasında bir anlam veya sonuç doğurmayacaktır. Anayasa koyucunun yaptığı "düşünce özgürlüğü" ile "ifade özgürlüğü" arasındaki ayırım, otoriter kanun uygulayıcılarının elinde (hükümet, idare, yargı vb.) özgürlüklerin keyfi bir biçimde kısıtlanması için imkân verebilir⁸. İşte bu nedenle İnternet hukuku açısından otoriter kanun uygulayıcıları tarafından keyfi bir şekilde özgürlüklerin kısıtlanmadığı, "yasaklayıcı" değil, çağın gerektirdiği şekilde "düzenleyici" yaklaşımların yer aldığı mevzuatın oluşturulması önemli bir toplumsal ihtiyaçtır.

5651 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce 2001 ve 2007 yılları arasında İnternet sansürünün arttığı ve İnternet sitelerine çok sayıda erişim engelleme kararının kamu ve hukuk otoriteleri

³ John Perry Barlow, A Declaration of the Independence of Cyberspace,

<https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

⁴ <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/%E2%80%9Csubstantial-profound-and-pervasive-%E2%80%A6%E2%80%9D>

⁵ Artun Avcı, Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü (1. Baskı, Legal, İstanbul 2013) sf. 48

⁶ Handyside v. United Kingdom [1976] 5493/72 p. 49

⁷ 1982 Anayasası m.26

⁸ Artun Avcı, Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü (1. Baskı, Legal, İstanbul 2013) sf. 183

tarafından verildiği söylenebilir⁹. “Dünyada yaşanan gelişmelere paralel olarak, ülkemizde de, İnternet dâhil hızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların suiistimal edilmesi suretiyle işlenen suçlarla mücadele konusunda etkin ve doğru bir yapılanmayı mümkün kılacak özel bir kanun çıkartılması zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.¹⁰” gerekçesiyle hazırlanan 5651 Sayılı Kanun, “içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek üzere oluşturulmuştur¹¹.”

Bir ayda 1 milyardan fazla kullanıcı tarafından ziyaret edilen bir video paylaşım sitesi, 5 Mayıs 2008 tarihinde Ankara 1. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 5651 Sayılı Kanun’un katalog suçları içinde sayılan Atatürk hakkında işlenen suçlar neden gösterilerek söz konusu sitede bulunan 10 adet video içeriği nedeniyle erişime engellenmiştir. 5 Mayıs 2008 tarihinde erişime engellenen İnternet sitesi 31 Ekim 2010 tarihinde yani yaklaşık iki buçuk yıl erişime engelli kalmıştır. 2014 yılı başında Türkiye’de İnternet mevzuatı köklü değişiklikler geçirmiş ve günün teknolojik ve toplumsal gerekliliklerine uygun bir mevzuat amaçlandığı belirtilmiştir. Ancak aynı dünya çapındaki video paylaşım sitesi bu sefer 27 Mart 2014 tarihinde devlet sırlarının ve faaliyetlerinin ifşası ve akabinde Atatürk hakkında hakaret içeren içerikler gerekçe gösterilerek, 2014 yerel seçimleri esnasında 67 gün boyunca erişime engelli kalmıştır. Söz konusu video paylaşım sitesi, Anayasa Mahkemesi’nin 29 Mayıs 2014 tarihli ve 2014/4705 başvuru numaralı kararı ile tekrar erişime açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, kararında, bildirimizin ilk bölümünde belirttiğimiz Handyside/Birleşik Krallık kararına atıf yaparak, ifade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü “haber” ve “düşüncelerin” değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerektiğini, ifade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunduğunu, kamu makamlarının negatif yükümlülük kapsamında, zorunlu olmadıkça, ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamaması veya yaptırımlara tabi tutmaması gerektiğini, pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almasını, kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin

gereklileri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gerektiğini belirtmiştir.

Dünyaca ünlü bir sosyal medya paylaşım sitesi yine 2014 yerel seçimleri atmosferinde, 20 Mart 2014 tarihinde erişime engellenmiş ve 3 Nisan 2014 tarihinde erişime açılabilmiştir. Söz konusu sosyal medya sitesine erişimin engellenmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bireysel başvurular neticesinde, Anayasa Mahkemesi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın (“TİB”) söz konusu erişim engelleme faaliyetine karşı, yukarıda bahsettiğimiz video paylaşım sitesine dair verdiği kararında olduğu gibi, idare mahkemesince verilen yürütmeyi durdurma kararlarına riayet etmeksizin hala yasağı devam ettirmesi sonucunda, başvuruocuların idare mahkemesine başvurularının etkili bir yol olmadığına kanaat getirmiştir. TİB’in bahsi geçen sosyal medya sitesinin erişime engellenmesine gerekçe olarak gösterdiği mahkeme kararlarında, spesifik URL adresleri yer almamaktadır ve TİB söz konusu URL adreslerine erişimi engellemek yerine bütün İnternet sitesine Türkiye’den erişimi engellemeyi seçmiştir.

Yine dünyaca ünlü ve kullanıcıları arasında iletişim ve bağlantı kurulmasını ve ortak çalışmayı sağlayan ve bu hizmetini ücretsiz sunan bir İnternet sitesine, bu sitede yayımlanan tek bir kullanıcı sayfası nedeniyle 26 Haziran 2009 tarihinde erişim engellenmiş ve bu İnternet sitesi ancak 5 yıl sonra erişime açılmıştır. 5 sene erişime engelli kalan bu İnternet sitesinin bireysel bir kullanıcısı olan Ahmet Yıldırım, kendi üyelik sayfasına da erişimin imkânsız hale gelmesi nedeniyle iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne (“AİHM”) başvurmuştur. AİHM’nin erişime engellenen İnternet sitesinin kullanıcısı hakkında dair verdiği Ahmet Yıldırım v. Türkiye kararı, AİHM’nin bir İnternet sitesine dair o tarihe kadar verdiği ilk ifade özgürlüğü temelli karardır. Daha da önemlisi, AİHM bu karar ile hem söz konusu erişim engelleme kararını Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddesine, hem de 5651 Sayılı Kanun’un bizatihi kendisini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesine aykırı bulmuştur. AİHM, Türkiye’nin başvuru Ahmet Yıldırım’a manevi tazminat olarak 7.500,00 Euro ve masraf ve ücretler nedeniyle 1.000,00 Euro ödemesine hükmetmiştir¹².

Türkiye’nin İnternet hukuku karnesinin zayıf hanesine yazılan bir başka uygulama ise kullanıcılarına özgürce kendilerini ifade etmesi için oluşturulan blog sayfalarında yazı yazma hizmeti veren bir İnternet sitesi’nin Diyarbakır 5. Asliye Ceza Mahkemesi’nin

⁹ Artun Avcı, Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü (1. Baskı, Legal, İstanbul 2013) sf. 285

¹⁰ 5651 Sayılı Kanun Genel Gerekçe

¹¹ 5651 Sayılı Kanun m.1

¹² AİHM, Ahmet Yıldırım v. Türkiye Kararı <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-115705>

2011/56 Değişik İş sayılı ve 14 Ocak 2011 tarihli kararı ile yayın haklarının şikayetçiye ait olduğundan bahisle erişime engellenmesidir. Bu karara ek olarak MySpace ve Last.Fm İnternet siteleri Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 26 Haziran 2009 tarihli kararı gereği erişime engellenmiştir. Yine, Fızy İnternet sitesi 17 Aralık 2010 tarihinde Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kararıyla erişime engellenmiştir. Dailymotion İnternet sitesi, sitede yer alan tek bir içerikte terör örgütü propagandası yapıldığı gerekçesiyle erişime engellenmiştir.

5651 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2007 yılından bu yana, yukarıda değindiğimiz Dünya çapında kullanılan İnternet sitelerine ek olarak, Geocities, WordPress, eşcinsellere yönelik sosyal medya uygulaması Grinder, evrim teorisinin savunucularından Richard Dawkins'in kişisel İnternet sitesi gibi binlerce İnternet sitesi Türkiye'den erişime engellenmiştir.

Her yıl belli dönemlerde dünyaca ünlü İnternet siteleri şeffaflık raporlarını kendi İnternet siteleri üzerinden kamuoyuna sunmaktadır. Bu raporlar kullanıcı verileri, kayıtları ve içeriklerine ilişkin talepler hakkında istatistiksel bilgileri ülkeler bazında açıklamakta ve İnternet sitelerinde yer alan içeriklere ilişkin bu ülkeler nezdinde alınan engelleme kararlarını ve içeriğe müdahale uygulamalarını yayınlamaktadır. Bu bilgiler yasaların ve politikaların İnternet kullanıcılarını ve çevrimiçi ortamda bilgi akışını nasıl etkilediğini gösteren önemli bilgiler ihtiva etmektedir. Dünya çapında İnternet sitelerinin Türkiye ile ilgili açıklamış olduğu verileri dikkate alındığında, gelişmiş ülkelere kıyasla ortaya çıkan sonuç Türkiye'de İnternet özgürlükleri bakımından korkutucu niteliktedir.

Şeffaflık raporlarına örnek olarak, dünyanın en çok kullanılan ve en popüler olan arama motorunun açıkladığı şeffaflık raporuna göre¹³ sadece Ocak – Haziran 2013 arası dönemde Türkiye'den 9.610 adet içeriğe ilişkin mahkeme kararı alınmıştır ve Dünya çapında mahkeme kararı alınan toplam içerik sayısı 18.929'dur. Yine aynı dönemde mahkeme kararı olmaksızın yapılan içerik engelleme taleplerinde 2.552 adet içerik ile Türkiye birinci olmuştur ve Dünya çapında mahkeme kararı olmaksızın yapılan içerik engelleme taleplerinin ülkeler çapında toplam sayısı 5.808 adet içeriktir. Ocak – Haziran 2013 döneminde mahkeme kararı olmaksızın yapılan içerik kaldırma taleplerinde Türkiye'nin en yakın takipçisi 672 adet içerik kaldırma talebi ile Hindistan'dır. Bir sosyal medya paylaşım sitesinin açıkladığı şeffaflık raporuna göre¹⁴ ise, 1 Ocak 2014 – 30 Haziran 2014

tarihleri arasında dünya üzerindeki toplam içerik kaldırma talebi 432 olmasına rağmen (mahkeme kararları ve resmi makamlardan gelen içerik kaldırma talepleri) sadece Türkiye'den gönderilen kaldırma talebi sayısı 186'dır. Söz konusu sosyal medya paylaşım sitesinin verilerine göre dünya genelinde erişime engellenen içerik sayısı toplamda 251 iken bunun 183'ü Türkiye'dendir.

Yine yüksek sayıda kullanıcıları olan İnternet sitelerinde yer alan içeriklere ilişkin hukuki taleplerin açıklandığı Chilling Effects İnternet sitesinin¹⁵ güncel verileri incelendiğinde, Türkiye'de 2014 yılı başında gerçekleşen köklü İnternet mevzuatı değişikliğinin, içeriğe müdahale iştahını azaltmadığını, aksine bu mevzuat değişikliklerinin kısıtlayıcı iştahı artırdığı tespit edilmiştir.

Sonuç olarak, dünyanın en önde gelen İnternet sitelerinin 2013 ve 2014 yılları için açıkladıkları şeffaflık raporlarında Türkiye ya ilk sırada yer almakta ya da ilk üç içerisinde yer almaktadır. Türkiye'nin içerik kaldırma ve erişime engelleme konularındaki bu "liderliği" bir yandan 5651 Sayılı Kanun'un kısıtlayıcı yapısına, bir yandan da idari otoritelerin bu alandaki keyfiyetine bağlanmaktadır.

Demokrasi, siyasi özgürlük ve insan hakları konuları üzerine araştırma ve bu konuların savunuculuğunu yapan "Freedom House" isimli sivil toplum kuruluşu Türkiye'nin 2014 yılının Eylül ayında IGF 2014 toplantısı ev sahipliğini de dikkate alarak kendi İnternet sitesinde Türkiye'deki İnternet yönetimine ilişkin eleştirel bir rapor yayınlamıştır. Söz konusu raporlarda, İnternet denetimi tartışmasında kaynakları ve karma politik yönelimleri nedeniyle uluslararası süreçlerde çok büyük etki gücüne sahip ülke pozisyonunda olan Türkiye'nin daha yerinde bir kullanımla Amerikan siyasal metaforu olarak da kullanılan ve daha büyük kampanyanın kazanılacağı veya kaybedileceği yer anlamına gelen "kilit ülke" olarak kritik bir rol oynayacağı ifade edilmektedir¹⁶. Freedom House'a göre Türkiye, genç bir nüfus, gelişen teknoloji ve uluslararası bağlantıların bütün dünyanın gıpta edeceği özgür bir İnternetle sonuçlanacağı veya hükümet taktiklerinin etkin bir çevrimiçi alanı kapatmak için model oluşturabileceği bir yer olarak belirtilmiştir¹⁷. Freedom House'a ait bir

13

<http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/TR/>

¹⁴ <https://transparency.twitter.com/removal-requests/2014/jan-jun>

¹⁵ <https://www.chillingeffects.org/>

¹⁶ Nate Schenckan, 'Yönetici Özeti: İnternet Düzenlemeleri ile Kilit Ülke Türkiye' (Freedom House 2014) http://freedomhouse.org/report/struggle-turkeys-internet/executive-summary-turkish#.VBtRTJR_uSp

¹⁷ Nate Schenckan, 'Yönetici Özeti: İnternet Düzenlemeleri ile Kilit Ülke Türkiye' (Freedom House 2014) http://freedomhouse.org/report/struggle-turkeys-internet/executive-summary-turkish#.VBtRTJR_uSp

Türkiye raporunda¹⁸ ise, hükümetin Gezi Parkı olayları zamanında ve daha sonrasında İnternet'e olan müdahalesini cezai ve yasal yollarla daha da şiddetlendirerek arttırdığı kaleme alınmaktadır ve medyanın büyük bir kısmını kontrol altında tutmanın en üst mekanizmasının kanunlar değil hükümet ile medya patronları arasındaki ilişkinin olduğu ifade edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyetinin, 26. maddesinde ise düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetlerinin korunduğu ve özellikle IGF gibi dünya çapındaki bir toplantıya ev sahipliği yapan bir ülkede, otoriter kanun uygulayıcıları tarafından keyfi bir şekilde özgürlüklerin kısıtlandığı olaylara maruz kalıyor olmak ne hukuk devleti ne de demokrasi ile bağdaşan fillerdir.

III. Türkiye'de İnternet Mevzuatının ve 5651 Sayılı Kanun'un Türkiye'deki İnternet Hukukuna ve İfade Özgürlüğüne Çizdiği Yol

5651 Sayılı Kanun 4 Mayıs 2007 tarihinde kabul edilmiştir ve 26530 Sayılı ve 23 Mayıs 2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. 5651 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce Türk Ceza Kanunu kapsamında suç olarak nitelendirilen fiillerin İnternet üzerinden işlenmesi halinde Türk yargı aktörleri farklı hukuk disiplinleri ile müdahale etmekteydi. Örneğin, 4756 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu ile Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile İnternet yayınlarındaki hukuki boşluğu basın araçlarına uygulanan hükümlere tabi tutulması istenmiş ve bir ek madde konulmak suretiyle bilişim teknolojisini kullanarak "İnternet ortamında sayfa açılması" veya "elektronik gazete, bülten" ve bunun gibi yayınlanan "her türlü yazı, resim, işaret, sesli veya sessiz görüntü, ileti ve benzerleri" hakkında Basın Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği düzenlenmiştir¹⁹. Ancak İnternet yayınlarının düzenlenmesinin kamu otoritelerine bırakılacağı ve İnternet yayınlarının hukuki niteliği itibarıyla Basın Kanunu ile bağdaştırılamayacağını belirterek dönemin Cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiştir. Veto gerekçesinde, "Bu yola gidilmeyerek, yayınların düzenlenmesinin tümüyle kamu otoritelerinin takdirine bırakılması ve Basın Yasası'na bağlı kınılması İnternet yayıncılığının özelliği ile bağdaşmamaktadır (...) İletişim teknolojisinde bir devrim niteliğindeki İnternet yayıncılığının en baskın yönü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün, özgün kanaat oluşumunun

günümüzdeki en etkin kullanım alanı olmasıdır. İnternet ortamındaki yayıncılıkta, hukukun üstün kılınması, kişilik haklarının korunması ve bunun yanında da yayın yoluyla düşünce ve ifade özgürlüğü gibi duyarlı alanların dengelenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlar ancak ifade özgürlüğü esas alınarak ve yayınlar üzerindeki denetim yargıya bırakılarak sağlanabilir. (...) Bu yola gidilmeyerek, yayınların düzenlenmesinin tümüyle kamu otoritelerinin takdirine bırakılması ve Basın Yasası'na bağlı kınılması İnternet yayıncılığının özelliği ile bağdaşmamaktadır." ifadeleri ile "olması gereken" İnternet mevzuatı ve ifade özgürlüğünün altı çizilmiştir.

5651 Sayılı Kanun'dan önce ifade özgürlüğüne ilişkin ilk müdahaleler Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ("FSEK") kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları ile meydana gelmiştir. 2005 yılında Türkiye Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği ("MÜYAP") FSEK Ek 4. madde kapsamında telif hakları konusunda hak sahiplerini temsilen İnternet ortamındaki yayınlara da müdahale edebilecek "yetkili tüzel kişi" olarak hukuki girişimlerde bulunmuştur²⁰. Telif hakları ile bağlantılı gelir seviyesinin önceki yıllara göre önemli ölçüde düştüğünü tespit eden MÜYAP sorunun telif hakkı ihlal edilerek indirilen veya online yoldan edinilen eserler olduğunu belirterek İnternet sitesi sahiplerine mahkeme aracılığıyla ulaşmıştır. Eser sahiplerinin eserleri üzerinde sahip olduğu hakların ihlal edilmesini engellemek için mahkemeler söz konusu İnternet sitelerini erişime engellemeye başlamıştır. Söz konusu İnternet siteleri mahkemeler tarafından "ihtiyati tedbir" kapsamında erişime engellenmiştir. Halbuki ancak bir kanun hükmü ile sınırlandırılması mümkün iken, "ihtiyati tedbir" kararlarıyla bir İnternet sitesinin tamamına erişimin engellenmesi yoluyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklere aykırıdır. 5651 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce FSEK maddelerinin yanı sıra Türk Ceza Kanunu hükümleri de yine İnternet'teki içeriklere uygulanmıştır.

2007 yılında yürürlüğe giren 5651 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde yukarıda belirttiğimiz üzere, ülkemizdeki İnternet'in, gelişen elektronik iletişim araçları ile suiistimal edilmemesi için özel bir kanun çıkartılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41. maddesi ve "Gençliğin Korunması" başlıklı 58. maddesinden hareketle söz konusu gerekçede "aileyi, çocukları ve gençleri İnternet dâhil elektronik iletişim araçlarının suiistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri

¹⁸ Nate Schenckan, 'May 2013 - July 2014: Turkey's Long Year of Content Restrictions Online' (Freedom House 2014) http://freedomhouse.org/report/struggle-turkeys-internet/may-2013-july-2014-turkeys-long-year-content-restrictions-online#.VBtRUZR_uSp

¹⁹ Artun Avcı, Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü (1. Baskı, Legal, İstanbul 2013) sf. 281

²⁰ Artun Avcı, Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü (1. Baskı, Legal, İstanbul 2013) sf. 286

kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak için gerekli önleyici tedbirlerin alınması amaçlanmakta; elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıların önlenmesini teminen gereken yasal düzenlemenin yapılması sağlanmış olmaktadır.” denmektedir. Aşağıda belirtileceği gibi 5651 Sayılı Kanun, Anayasa’nın 41. ve 58. maddelerinin korunmasını geliştiren elektronik iletişim araçları ile suiistimal edildiği ileri sürülen İnternet ile sağlamayı amaçlamakla beraber Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle korunan ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirilmektedir. Anayasa ile teminat alınan aile yapısı, çocuklar ve gençlerin korunması ile İnternet’teki içeriklerin çakışması halinde Avrupa komisyonu çeşitli ayrımlarda bulunmuştur. Örneğin, Avrupa Komisyonu, 1996 yılı Ekim ayında çıkardığı İnternetteki Hukuka Aykırı ve Zararlı İçerik Tebliği’nde²¹, İnternet ortamında yer alan mücadele edilmesi amaçlanan içerikleri “hukuka aykırı içerik” ve “zararlı içerik” olmak üzere ikiye ayırmıştır. Avrupa Komisyonu, bu konudaki görüşünü; “Bu farklı içerik kategorilerinin yol açtığı ilkesel sorunlar birbirlerinden köklü biçimde farklıdır ve bunlara çok farklı hukuki ve teknolojik cevaplar bulunması gerekmektedir. Çocukların yetişkinler için olan pornografik içeriğe erişimiyle, yetişkinlerin çocuklar hakkındaki pornografiye erişimi gibi farklı konuları birbirine karıştırmak tehlikeli olur”²² şeklinde beyan etmiştir.

5651 Sayılı Kanun’un ifade özgürlüğü açısından en çok eleştirilen maddelerinden biri şüphesiz ki “Erişimin Engellenmesi Kararı ve Yerine Getirilmesi” başlıklı 8. maddesidir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki “yeterli şüphe” ifadesine açıklık kazandırılması gerekmektedir. Bir İnternet sitesine yönelik erişimin engellenmesi ya da ifade ve iletişim özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için “yeterli şüphe” şartı demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır ve bu düzenleme yol açtığı ve açacağı geniş engelleme uygulamaları nedeniyle hukuken korunan “orantılılık prensibine” aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca böylesine yoruma açık bir ifadenin TİB’e özellikle re’sen erişime engelleme yetkisi veren madde altında düzenlenmiş

olması ifade özgürlüğü açısından büyük bir risk oluşturmaktadır. Zira İnternet’te yer alan bir içeriğe, tüm İnternet sitesinin erişime engellenmesi yoluyla müdahale şansının bir idari makama verilmesi, bireylerin temel hak ve hürriyetleri kullanırken sınırlı bir idari makamın belirlemesi sonucunu doğuracaktır.

IV. Güncel İnternet Mevzuatı Değişikliklerinin Getirdikleri

6 Şubat 2014 tarihinde kabul edilen 6518 Sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, veya kamuoyu tarafından “torba yasa” olarak adlandırılan düzenleme ile 5651 Sayılı Kanun’da köklü ve önemli değişiklikler yapılmıştır.

5651 Sayılı Kanun’daki 2014 yılı başında gerçekleşen değişikliklerden biri Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 2. maddesindedir. İlgili madde değişikliği ile 5651 Sayılı Kanun’da öncede yer almayan bazı tanımlar 5651 Sayılı Kanun’a eklenmiştir. 5651 Sayılı Kanun’un 2. maddesinin birinci fıkrasının “o” bendinde erişimin engellenmesinin tanımı yapılarak erişimin engellenmesi yolları çeşitlendirilmiştir. Söz konusu değişiklik ile 4 adet erişimin engellenmesi yöntemi getirilmiştir. Bunlar; alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesidir. IP adresinden erişime engellenmesi yöntemi kanaatimizce sakıncalı ve orantısız müdahale barındıran bir yöntemdir. Örneğin A şirketine ait bir İnternet sitesinin IP adresinin herhangi bir sebeple erişime engellenmiş olmasından dolayı bu sefer aynı IP adresinde hizmet veren B şirketine (veya yine A şirketine ait C hizmetine) ait IP adresi de engelleneceğinden engelleme ile hiçbir bağlantısı olmayan B şirketinin hizmetlerini (veya A şirketine ait C hizmetini) sekteye uğratarak telafisi mümkün olmayan zararlara sebebiyet verecek ve aynı zamanda B şirketine ait İnternet sitesi kullanıcılarının da bilgiye erişememe durumu ortaya çıkacaktır.

5651 Sayılı Kanun’daki değişikliklerden bir diğeri ise “Bilgilendirme Yükümlülüğü” başlıklı 3. maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Bu maddeye göre; “*Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir.*” Öncelikle “faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenler” ifadesi ile hüküm, merkezi yurt dışında bulunan İnternet sitelerini de Türk hukuku kapsamında sorumlu tutmaktadır ki, kanunların ülkeselliği kavramına aykırıdır. Ayrıca söz konusu hüküm, elektronik posta ve “diğer iletişim araçları” denilerek

²¹ ELİG Lokmanhekim Gürkaynak Ortak Avukat Bürosu, “Türk İnternet Hukuku Uygulamasının ve Mevzuatının Evriminin İlk Dönemini Tamamlaması İçin Öneriler ve Gözlemler” (www.elig.com) http://www.elig.com/docs/Turk_Internet_Hukuku_Uygulamasinin_ve_Mevzuatinin_Evriminin_Ilk_Donemi_ni_Tamamlamasi_Icin_Oneriler_ve_Gozlemler.pdf

²² ELİG Lokmanhekim Gürkaynak Ortak Avukat Bürosu, “Türk İnternet Hukuku Uygulamasının ve Mevzuatının Evriminin İlk Dönemini Tamamlaması İçin Öneriler ve Gözlemler” (www.elig.com) http://www.elig.com/docs/Turk_Internet_Hukuku_Uygulamasinin_ve_Mevzuatinin_Evriminin_Ilk_Donemi_ni_Tamamlamasi_Icin_Oneriler_ve_Gozlemler.pdf

spesifik olarak belirtilmemiş vasıtalar ile bildirim yapılmasının mümkün kılınması 7201 Sayılı ve 11 Şubat 1959 tarihli Tebligat Kanunu'na aykırılık teşkil etmektedir. Buna ek olarak, e-posta kullanımının teknik özelliği nedeniyle her zaman muhataba ulaşmama riski ihtiva eden bir yöntemdir.

5651 Sayılı Kanun'a 2014 yılı başında eklenen ve hiçbir ülkenin İnternet hukuku uygulamasında karşılığı olmayan yeni bir kurum ise "Erişim Sağlayıcıları Birliği" ("Birlik") kurumudur. Birlik erişime engelleme kararlarını icra edecek yegane kurumdur. Birlik her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi İnternet servis sağlayıcı şirketlerden meydana geliyorsa da, Birlik kuruluş tüzüğü Bilgi ve İletişim Teknolojileri Kurumu'nun onayına tabidir. 5651 Sayılı Kanun'a yeni getirilen bu düzenleme uyarınca, Birliğe üye olmayan İnternet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamaz. Söz konusu düzenleme İnternet sitelerine engellenmenin bir kaynaktan damıtılarak yapılmasının neden olacağı ihlaller bir yana, Türkiye'de faaliyette bulunacak İnternet servis sağlayıcılarının ekonomik özgürlüklerine ve rekabet imkanına da aykırılık teşkil etmektedir.

5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesine eklenen hüküm ile İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilecektir. Söz konusu düzenleme, kişilere tanıdığı ikinci alternatif ile İnternet'te yer alan içeriğe müdahale etme şansı bulunan İnternet aktörlerini baypas ederek doğrudan erişime engelleme kararı alınması imkanı tanımaktadır.

5651 Sayılı Kanun'a 2014 yılı başında eklenen bir hüküm ile özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi mümkün hale gelmiştir. Bu hükmün en can alıcı noktası, İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilere, TİB'e doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilme imkanının tanınmasıdır. Türk yargı organları ve akademisyenler tarafından dahi hukuki münazara konusu olan "özel hayat" kavramı, idari bir otoritenin inisiyatifine bırakılmıştır. Bu hüküm ile idare, her ne kadar vereceği kararı hakim onayına sunacak olsa da, tıpkı bir adli makam gibi hareket etme serbestisine kavuşmuştur.

11 Eylül 2014 tarihinde ikinci dalga bir "torba yasa" ile, 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin on altıncı fıkrasına eklenen bir hüküm ile "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin

önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar" hükmü Türkiye İnternet hukukuna hediye edilmiştir.

Millî güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması adına gecikmesinde sakınca bulunan hallerde erişimin engellenmesi kararının TİB tarafından verileceğini belirten ve fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerden tam olarak ne anlaşılması gerektiğini açıklamayan, her halükarda torba kavramlar altında erişime engellenmenin keyfi hale gelmesi yolunu açan bu madde Anayasa Mahkemesi'nin 2014/149 E. sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Türk İnternet Hukuku'nun ve ifade özgürlüğünün içinde bulunduğu bu durum yukarıda belirttiğimiz, 2007 yılında dönemin Cumhurbaşkanı'nın RTÜK Yasası'nı veto ederken gerekçesinde belirttiği ve olmasına müsaade etmediği "Bu yola gidilmeyerek, yayınların düzenlenmesinin tümüyle kamu otoritelerinin takdirine bırakılması ve Basın Yasası'na bağlı kılınması İnternet yayıncılığının özelliği ile bağdaşmamaktadır (...)" ifadeleriyle açıkladığı durumdur.

V. Türkiye İnternet Hukuku Mevzuatının Dünya'daki Örnekler ile Karşılaştırılması

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihli ve 217 A (III) sayılı kararıyla ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 19. maddesine göre "Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar."²³

İfade özgürlüğüne ilişkin bir başka düzenleme ABD Anayasası'nın "Haklar Bildirgesi" ile karşımıza çıkmaktadır. 1787 tarihli ABD Federal Anayasası'nın ilk kez değişikliğe uğradığı 1791'de eklenen on maddenin ilk maddesinde; "Kongre, bir dinin kurumsallaşması ile ilgili, ya da özgür ifadeden yararlanılmasını yasaklayan; ya da ifade, ya da basın özgürlüğünü; ya da kişilerin barışçıl biçimde toplanma ya da hükümete şikayetlere çözüm bulunması için dilekçe verme hakkını kısıtlamak için kanun çıkaramaz" demek suretiyle ifade özgürlüğünü güvence altına almış ve korumuştur²⁴. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Adams v. ABD kararında

²³ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m.19

²⁴ Artun Avcı, Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü (1. Baskı, Legal, İstanbul 2013) sf. 61

dönemin Yüksek Mahkeme yargıçlarından Holmes tarafından savunulan “fikirlerin serbest piyasası” teorisine göre, devletin ifade özgürlüğü sürecine müdahale etmesi, toplumların gelişimini önemli ölçüde engeller; eğer devlet ifadenin serbest dolaşımını engellerse, toplumun doğrulara ulaşmasını da engellemiş olur. Herhangi bir fikrin değerlendirilmesinde piyasanın işleyişine güvenmek suretiyle fikirler, herhangi bir birey ya da devletin değerlendirilmesinden daha güvenilir olan bir teste tabi tutulur²⁵. Holmes ifade özgürlüğünün korunması ve gelişmesi için devletin müdahale etmemesi gerektiğini, aksi halde fikirlerin özgürce çarpışamayacağı ve dolayısıyla toplumun kendisini ilerletemeyeceğini savunmaktadır.

AİHM ise Castells/İspanya Kararı’nda²⁶, ifade özgürlüğüne ilişkin olarak, “Hükümet hakkındaki eleştirilerin kabul edilebilir olan sınırları, özel kişilere, hatta politikacıya yapılan eleştiriye oranla daha geniştir. Bir demokratik sistemde hükümetin eylem, işlem veya hataları, sadece yasama ve yargı organlarının değil, basın ve kamuoyunun da ayrıntılı incelemesine tabidir.”²⁷ diyerek ifade özgürlüğünün özellikle kamuyu ilgilendiren süjeler açısından daha geniş tutulması gerektiğini belirtmiştir.

Yukarıda verilen örnekler bakıldığında AİHM ve ABD Yüksek Mahkemesi ile Türkiye arasında temel hak ve özgürlükler ile söz konusu özgürlüklerin korunması ve uygulanması arasında çok önemli farkların olduğu görülmektedir. Özellikle ve öncelikle 5651 Sayılı Kanun kapsamında içeriğe ya da bir İnternet sitesine erişimin bizzat idare tarafından resen gerçekleştirilmesi, bir içeriğin hukuka aykırılığının yargı mercilerince belirlenmesi gerekirken bu yetkinin idareye tanınması, İnternet aktörlerinin devre dışı bırakılarak sürecin talepte bulunan-mahkemeler ve/veya idare-erişim sağlayıcılar düzleminde devam etmesi hukuk devleti ile bağdaşmayacak bir zemindir. Toplumun doğrulara ulaşmasını hedefleyen bir devletin, Castells/İspanya kararında olduğu gibi eleştirilere açık olması gerekirken “düzenleyici” yerine “yasaklayıcı” bir izlenim sergileyerek veya “fikirlerin serbest piyasasını” ve dolayısıyla ifadenin serbest dolaşımını engelleyerek gelişmesi düşünülemez. Bu noktada 5651 Sayılı Kanun ve İnternet ile alakalı diğer mevzuat ve bunların sonucu olarak uygulama, temel hak ve özgürlüklere önem vermekten ve korumaktan çok uzaktadır.

VI. Sonuç

Türkiye’deki İnternet kullanıcı sayısı her geçen gün artmakta ve buna paralel olarak gelişmesi beklenen 5651 Sayılı Kanun ve İnternet’e ilişkin diğer mevzuat bu hızla yetişmemektedir. Aksine gün geçtikçe modern ve demokratik bir toplumun ihtiyacı olan İnternet mevzuatından uzaklaşmaktadır. 5651 Sayılı Kanun, Anayasa ile koruma altına alınan başta düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini ve diğer temel hak ve özgürlükleri korunması açısından yetersiz bir hukuki düzenlemedir. İçerisinde ifade özgürlüğüne müdahaleler içeren maddelerin açık olmaması keyfi uygulamaları da beraberinde getirmiştir ve getirecektir. Bu uygulamalar, bireyleri hukuka aykırı veya zararlı içerikten korumaktan daha çok bireylerin haklarını ihlal etmekte ve İnternet’in amacına ve ruhuna tamamen aykırı düşmektedir. İnternet ortamında yer alan içeriğin tamamen kontrolüne yönelik bir mekanizma hedeflendikçe durum değişmeyecektir. Nitekim koruma amacını aşan “sansür” niteliğindeki ağır yaptırımlar, hukuka aykırı veya zararlı içeriğe tamamen ulaşılmasını engelleyememekte ve usulen uygulanmış olmak için uygulandığı görüntüsü vermektedir.

Bu bağlamda, idarenin elini sınırları belirli olmayan tanımlara ve hükümlere dayanarak çok geniş bir yetkiyle donatan ve birçok maddesi ile hukuka aykırılık teşkil eden bir mevzuat yerine; etkin bir koruma işleyişine, demokrasinin topluma ve bireylere sağladığı hakların kesintiye uğratılmamasına ve orantılı sınırlamalar ile beklenen faydanın sağlanmasına yönelik düzenlemeler yapılmalı ve bu suretle İnternet ile beraber akarken onun mecrasını değiştirebilen dinamik bir hukuki yapı hedeflenmelidir.

²⁵ Artun Avcı, Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü (1. Baskı, Legal, İstanbul 2013) sf. 114

²⁶ Castells v. Spain [1992] 11798/85

²⁷ Artun Avcı, Türkiye’de İnternet ve İfade Özgürlüğü (1. Baskı, Legal, İstanbul 2013) sf. 135