

***ACELE İNCELEME İSTEKLİDİR!
İNFAZIN DURDURULMASI TALEPLİDİR!
GÖREVSİZLİK İTİRAZI VARDIR!***

DOSYA NO : 2012-2... E. (2012-4.... K) (29.06.2012 KT)

İTİRAZ EDEN : A... Y..... (TC: 2.....)
Ç..... Mah. 2..... Sokak No:14/2 Buca-İZMİR

VEKİLİ : Av. Ş.Cankat TAŞKIN
Gazıcılar Cad. Petek Bozkaya İşhanı A Blok D:215-BURSA
Tel : 224- 256 66 33
web : cankattaskin.av.tr

DAVACI : K.....Otomotiv San ve Tic AŞ

VEKİLİ : Av. C..... İ.....
B..... Cad. H..... Han. No:16 K:.....
Fatih-İSTANBUL

ÖĞRENME TARİHİ : 29.08.2012

(Dava hasımsız açıldığından, karar tarafımıza tebliğ edilmemiştir. Müvekkil, kendi sorumluluğundaki www.firmafaresi.com adlı web sitesine erişim engeli konduğunu 29.08.2012 günü öğrenmiştir. Öğrenmeden itibaren yasal süre içinde yasa yoluna başvurulmuştur)

KONU : www.firmafaresi.com adlı web sitesine konan erişim yasağı kararına itirazımızın sunulmasıdır.

TALEP : Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 29.....2012 T., 2012-2..... E., 2012-4.....K. sayılı kararının infazının durdurulması ve kararın İTİRAZEN kaldırılması talebidir. (6100 Sayılı HMK 394, 396)

İTİRAZ NEDENLERİMİZ

İtiraz eden, Mahkemenizce erişim yasağı konan www.firmafaresi.com adlı web sitesinin yasal sorumlusudur. (EK-1 BTK çıktısı).

Mahkemenizce verilen karara HMK 382 vd ile HMK 389 vd hükümleri gereği aşağıdaki gerekçelerle itiraz ediyor ve kararın KALDIRILMASINI talep ediyoruz.

I.) Usule İlişkin İtirazımız

A.) Göreve İlişkin İtirazımız

A.1) Hasımsız (Çekişmesiz) Davalarda Sulh Hukuk Mahkemesi Görevlidir:

6100 Sayılı HMK'nın 383. maddesinde çekişmesiz yargıda görülecek olan davaların, yasada ayrıca belirtilmediği sürece **SULH HUKUK** mahkemeleri tarafından karara bağlanacağı açıkça belirtilmektedir.

382. maddede ise, hangi tür davaların çekişmesiz yargı kapsamında kalacağı belirtilmiş fakat bunlar arasında adın korunmasına ilişkin davalar sayılmamıştır.

Mahkemenizin kararı öncelikle bu nedenle hukuka aykırıdır ve **KALDIRILMALIDIR.**

A.2) Mahkemeniz ihtiyati tedbirin koşullarına uymamıştır:

6100 Sayılı HMK'nın 392. maddesinde, ihtiyati tedbir talep edenin teminat yatırma zorunluluğundan bahsedilmiştir. Oysa, dosyada yaptığımız incelemede davacının bu koşulunu yerine getirmediğini; Mahkemenizin de bu koşulu davacıya hatırlamadığını gördük.

Teminat şartı, ihtiyati tedbirin zorunlu şartıdır. Karar, bu koşula uyulmadığı için de kaldırılmalıdır.

Kaldı ki HMK 393 hükmü gereğince ihtiyati tedbir kararının **ancak icra müdürlüğü tarafından uygulanması** mümkünken, buna da uyulmayarak Mahkemeniz re'sen TTNET AŞ'ye kararın ifası için yazı göndermiş ve davacı vekiline de 09.08.2012 tarihinde elden takip yetkisi vermiştir. TTNET de bu yazınıza dayanarak adı geçen siteye erişim yasağı koymuştur. **Karar, icra müdürlüğü kanalıyla uygulanmadığı, re'sen mahkemenizce uygulandığı için de hukuka aykırıdır; KALDIRILMALIDIR!**

Müvekkilin zararı devam ettiği için kararın öncelikle infazının durdurulmasını talep ediyor; ardından kaldırılmasını diliyoruz. (HMK 394/1.c.2)

A.3.)Erişim Yasağı Kararı Verme Görevi Sadece Sulh Ceza Mahkemesi'ne aittir:

Hukukumuzda erişim yasağı tedbirini düzenleyen temel mevzuat 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun'dur.

Bu Kanun'un 8. maddesi ile hukukumuzda erişim yasağı düzenlenmiştir. Burada katalog halinde sayılan sadece 8 suç başlığı için internet siteleri erişime kapatılabilecektir. Buna göre, erişimin engellenmesi kararı ancak birinci fıkrada sınırlı sayıda sayılmış olan (katalog) suçlar hakkında verilebilecektir. Bu suçlar, intihara yönlendirme (TCK 84), çocukların cinsel istismarı (TCK 103/1); uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırma (TCK 190);sağlık için tehlikeli madde temini (TCK 194); müstehcenlik (TCK 226); fuhuş (TCK 227); kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (TCK 228) suçlarıyla 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da yer alan suçlardır.

Erişim yasağı kararı **ancak bu katalog suçlara dayanılarak** ve soruşturma evresinde **sulh ceza hakimi** (veya gecikme sakıncası varsa Cumhuriyet Savcısı tarafından 24 saat içinde yargıç onayına sunulmak kaydıyla); kovuşturma evresinde ise davayı gören ceza mahkemesi tarafından verilebilir. Bunun dışında herhangi bir mahkemenin erişim yasağı koyabilmesi hukukumuzda mümkün değildir¹.

5651 Sayılı Kanun'un dışında bazı özel kanunlarda da birtakım erişim yasağı kuralları konmuştur. Bunlar da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun; Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un ilgili maddeleri ile Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'undur. Ancak bu kanunların ilgili maddelerinde de erişim yasağı bakımından 5651 Sayılı Kanun'a göndermelerde bulunulmakta ve 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesine göre uygulamaya gidilmektedir.

5651 Sayılı Kanun'un 8.maddesi gereğince, erişimin engellenmesine karar verilebilmesi için, katalog halinde belirtilmiş olan suçların yanı sıra, bu suçların işlendiğine ilişkin “yeterli şüphe” sebebinin oluşmuş olması da aranacaktır². Bundan amaçlanan web sitesine erişimin zorlaştırılmasıdır.

Yeterli şüphe, şüpheli hakkında iddianame hazırlamaya yarayan şüphedir. Öyleyse, yasanın lafzı gereğince, soruşturma aşamasında, katalog halinde sayılmış olan suçlarla ilgili deliller toplanmış olacak, bu deliller, şüphelinin mahkum olma olasılığının beraat etme olasılığına göre daha güçlü olduğu yönünde Cumhuriyet Savcısının kafasında kanaat uyandırmış olacaktır³.

Ciddi bir koruma tedbiri olan erişimin engellenmesi tedbiri için, yasa koyucu tarafından, yeterli şüphe derecesinde şüphe aranması yerinde

¹ TAŞKIN, Şaban Cankat; *Bilişim Suçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2008, s.156

² TAŞKIN, Bilişim Suçları, s. 156

³ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2008, s.1137. Aynı yönde bkz ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 11.Baskı, Ankara, 2007, s.528

olmuştur. Aksi halde, basit bir şüphe ile (sözgelimi yalnızca bir ihbar ile) erişimin engellenmesi gündeme gelebilecektir ki bu da ciddi anlamda hak yitimlerine yol açabilecektir⁴.

Hukukumuzdaki internet erişim yasaklarına ilişkin düzenlemeler **yalnızca belirtilen bu mevzuatla sınırlı** olduğu halde, uygulamada ne yazık ki yukarıda bahsedilen yasalardan birine dayanmadan tamamen siyasi, dini veya ideolojik nedenlerle de internet sitelerine erişim yasağı konduğu görülmektedir⁵. Verilen bu karar da mevzuata göre verilmiş bir karar değildir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 5651 Sayılı Kanun, internet sitelerine erişim yasağı konurken uygulanacak temel kanundur. Durum böyle olunca, yukarıda sayılan ve erişim yasağı tedbirini barındıran diğer kanunlar dışındaki düzenlemelere (MK, HMK gibi) dayanılarak internet sitelerine erişim yasağı konması mümkün değildir⁶.

Hatta, öğretide bir görüş, erişim yasağı içeren **diğer özel kanunlardaki düzenlemelere dayanılarak internet sitelerine erişim yasağı konamayacağını**, çünkü İnternet Kanunu'nun adı geçen düzenlemelere nazaran hem daha yeni hem de özel kanun olduğunu savunurken⁷; diğer bir görüş ise, içeriklere müdahaleye veya erişim engellemeye açıkça izin veren sınırlı sayıdaki ve özel nitelikte belirtilen düzenlemeler karşısında, iletişim özgürlüğünün kıyas yolu ile, başka nedenlere dayanılarak sınırlandırılmayacağını savunmakta ancak uygulamada "başka nedenlere de dayanılarak" erişim yasağı tedbirine başvurulduğunu belirtmektedir⁸.

Kaldı ki erişim yasağı koyan ve itiraz konu ettiğimiz karara Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından verilen 26.07.2012 tarih ve 366122 sayılı cevapta da Kurumun yalnızca 5651 Sayılı Kanun'dan doğan suçlarda yetkili olduğu; buradaki katalog suçlar dışındaki herhangi bir nedenle web sitelerine erişim yasağı konamayacağı, haberleşme ve düşünce özgürlüğünün de bunu gerektirdiği, amacın internet erişim yasaklarının olabildiğince dar yorumlanması olduğu açıkça ifade edilerek, Mahkeme'nin 23.07.2012 tarihli erişim yasağı konması yönündeki talebi reddedilmiştir.

Sonuç olarak, hukuk sistemimizde asliye hukuk mahkemesinin erişim yasağı koyma yetkisi yoktur. Mahkeme ancak görevsizlik kararı verip dosyayı nöbetçi sulh ceza mahkemesine

⁴ TAŞKIN, Bilişim Suçları, s. 156

⁵ www.ateizm.org adlı siteye konan erişim yasağı bunun en belirgin örneğidir. Siteye uzunca bir süre erişim sağlanamamıştır.

⁶ KAYA, Mehmet Bedii; *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi (5651 Sayılı Kanun ve Dünya Uygulamaları)*; XII Levha Yayıncılık, Şubat 2010, İstanbul, s.87

⁷ Kaya, a.g.e, s.103

⁸ ÖZEN Muharrem/ BAŞTÜRK, İhsan; *(Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında) Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*; Adalet Yayınevi, Ekim 2011, Ankara s. 204

gönderebilir.

Kararın öncelikle bu sebeple KALDIRILMASI gerekmektedir.

II. ESASA İLİŞKİN İTİRAZIMIZ

1.) Erişim yasağı kararı orantısızdır:

İtiraza konu ettiğimiz kararda, sitede bulunan bir veya birkaç yazı nedeniyle tüm web sitesine erişim yasağı konmuştur. Bu tedbir orantısızdır.

Her şeyden önce bir/birkaç veri nedeniyle tüm siteye erişimin engellenmesi aynı zamanda kişinin haberleşme özgürlüğüne de engel oluşturmaktadır. Dolayısıyla, teknik olarak mümkün olması durumunda-**ki teknik olarak mümkündür**⁹- verilecek olan erişimin engellenmesi kararında sitenin tümüne erişimin engellenmesi yerine yalnızca suç oluşturan içeriğe erişimin engellenmesi ve bu tedbirin de yasada belirtilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır¹⁰.

Öte yandan, bu tür sakıncaları önlemek için 5651 Sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan çıkarılan 30.11.2007 tarih, 26716 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in 15/ç maddesinde koruma tedbiri olarak verilen erişim yasağı kararında **"URL adresi: <http://www.abcd.com/abcdefghijklm.htm>" şeklinde örneklenen, suça ilişkin bilgilerin bulunduğu tam web adresi'nin** açıkça belirtileceği (yani sadece ilgili yazının bulunduğu kısmın tam uzantısının) ve **yasagın sadece buraya konacağı** ifade edilmiştir.

Yetkisi olmayan konuda karar veren mahkeme, bu kurala da uymayarak karar vermiştir ve tüm site yasaklı duruma düşmüştür.

Kararın bu nedenle de kaldırılması gerekmektedir.

2.) Düzeltme Hakkı Talep Edilmeden Site Doğrudan Doğruya Kapatılmıştır:

Diğer taraftan, erişim yasağına konu olan web sitesindeki içerikten kişilik hakları ihlal olan kişilerin 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesi¹¹ uyarınca içeriğin

⁹ Sadece belli içeriğe erişim yasağı konması mümkündür. (Geniş bilgi için bkz Kaya, a.g.e, s. 32)

¹⁰ Aynı yönde **DÜLGER, Murat Volkan**; "İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açısından Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme"; İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı: 2007/4 , s.1514

¹¹ **Madde 9 - (1)** İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

yayından kaldırılmasını isteme ve tekzip metni yayınlama hakkı da vardır. Üstelik, Kanun'un bu düzenlemesinde, içerik sağlayıcıya (yani web sitesindeki yazı içeriğini oluşturan kişiye) bu mümkün değilse "yer sağlayıcıya" (yani siteyi barındırma hizmeti veren veya hizmeti sunan kişiye) hitaben gönderilecek tekzip metninin muhatap tarafından aynen yayınlanması; buna uymaması durumunda da talepte bulunanın sulh ceza hakiminden karar alması da açıkça düzenlenmiş; sulh ceza hakiminin bu kararına uyulmaması da hapis ve para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

Kaldı ki müvekkil web sitesi, daha önce de bu tür tekzip taleplerini olumlu karşılamış; bir kısmını sitede yayınlamış ve konu hakkında verilen mahkeme kararlarına da uymuştur. **(EK-2 önceden yayınlanan teksip metinleri)**

Oysa, başvuru bu yola başvurmak yerine doğrudan doğruya web sitesini kapattırmayı tercih etmiştir.

Her ne kadar dava dilekçesinde müvekkile ulaşılmadığı; alan adının Almanya'da olduğu ifade edilmişse de bu ifade samimiyetten uzaktır. Zira, ekte de görüleceği üzere **(EK-3)** talepte bulunanın vekili müvekkil site yetkilisi ile e-posta yoluyla yazışmış ve site yetkilisi de kendisini e-posta yolu ile yanıtlamıştır. Aslında talep eden vekili müvekkil web sitesinin yetkililerine ulaşmıştır. Bu nedenle, zararlı içerik hakkında öncelikle tekzip istenebilecekken doğrudan doğruya web sitesinin kapatılması yönünde talepte bulunularak **bilinçli bir tavırla-** kararı veren mahkemenin de yanıtılması iyi niyet kuralları ile bağdaşır bir yaklaşım olmadığı gibi, daha az zarar verici bir sonuca ulaşılma olanağı varken daha çok zarar verici sonuca gidilmesine sebebiyet verdiği için de orantısız bir kararın çıkmasına sebebiyet vermiştir.

Kaldı ki zaten müvekkil, kendisine ulaşan tekzip kararlarını da uygulamaktadır. **(EK-4)**. Demek ki **gerçekten istendiğinde** müvekkile web sitesi kapatılmadan da ulaşılabilmekte ve müvekkil de gereğini yapmaktadır.

Ayrıca, talebe ve karara dayanak oluşturan MK 24 ve MK 25 hükümleri dikkatlice incelendiğinde görülecektir ki 25. maddede düzenlenen dava türleri arasında internete erişim yasağı konması gibi bir düzenleme yoktur. 25. maddede hakim gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. 25. maddenin ikinci fıkrası davacıya düzeltme talebinde bulunma hakkını da vermektedir. Oysa davacı bu talepte **bilinçli olarak-** bulunmamıştır.

Diğer yandan, kapatılan web sitesinin ana sayfasında zaten müvekkil şirketin iletişim bilgileri ve adresi de açıkça yazmaktadır. Bu nedenle başvuru vekilinin müvekkil web sitesinin yetkililerine ulaşamadığını beyan etmesi gerçekte bağdaşan bir ifade değildir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır.

Orantısız şekilde verilen kararın bu nedenle de **KALDIRILMASI** gerekmektedir.

3.) Hukuka aykırı içerikte muhatap müvekkil web sitesi değildir :

Kapatılan web sitesi, anonim bir sitedir. Bursa'nın ve Türkiye'nin belli başlı şirketleri-iletişim bilgileri ile birlikte- **(toplam 25.000 firma)** sitede yer almakta ve bu şirketlerde zamanında çalışan kişiler, ya da halen çalışmakta olan kişiler, takma adlarını veya asıl kimliklerini vererek adı geçen şirket hakkındaki yorumlarını paylaşmaktadır. Aynı şekilde, yapılan yorumlara karşı adı geçen şirket yetkilisi de karşı yorumda bulunabilmekte ve yanıtını da verebilmektedir. Böylece, o şirketle iş yapacak olan veya o şirkette çalışacak olan kişiler, adı geçen şirket hakkındaki olumlu-olumsuz izlenimleri bu web sitesi aracılığı ile kazanabilmektedirler.

Bu yöntemle çalışan başka siteler de bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi **www.sikayetvar.com** adlı sitedir. Bu sitede de herhangi bir kurumdan (özel veya kamu) şikayetçi olduğunuzda site yöneticileri yorumunuzu yayınlayıp adı geçen şirkete iletmekte ve o şirketin yanıtını da sitede paylaşmaktadırlar. Böylece tüketici hangi şirketi seçebileceğine/hangi şirketin ürününden yararlanabileceğine karar vermektedir.

Benzeri bir başka şirket de facebook adlı paylaşım sitesidir. Bu sitenin kurucusu Mark Zuckerberg'dir. Fakat Zuckerberg facebook'ta kimin ne yazdığını takip etmez. Bir hakaret veya tehdit suçu işlendiğinde, bu konudaki soruşturma facebook'un kurucusu hakkında değil; eylemi yapan kişinin IP'si tespit edilerek o kişi hakkında yapılır ve facebook'un tümü hakkında erişim yasağı konmaz; sadece ilgili sayfa/yayın kapatılır. Oysa, facebook mantığı ile çalışan bir site olan müvekkil siteye orantısız şekilde, muhatap, müvekkil web sitesi olmadığı halde erişim yasağı konmuştur.

Bu tür sitelerde (Web 2.0) üçüncü kişilerin yaptığı yorumlara, site yöneticisinin müdahale etme yetkisi kural olarak yoktur. **Site yöneticisi sadece adı geçen ifadeye hakaret, sövme, tehdit gibi ifadeler varsa bunları xxx gibi işaretlerle gizler.** (ki müvekkil bunu da başka yazılar hakkında yapmıştır.). **(EK-5: yorum denetimi ve çalışma şekline ilişkin çıktılar)**

Müvekkilin hukuki (ve cezai) sorumluluğun anlaşılması bakımından bazı kavramların aydınlatılmasında yarar görülmektedir. Kanunda, internetin özneleri olarak belirtilen yer sağlayıcının, erişim sağlayıcının, toplu kullanım sağlayıcının ve içerik sağlayıcının ne olduğu ikinci maddede tanımlanmıştır. Buna göre, erişim sağlayıcı kullanıcılarına her türlü internet erişimini sağlayan gerçek veya tüzel kişiyi anlatmaktadır¹². İçerik sağlayıcıdan, İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren veya sağlayan gerçek ve tüzel kişileri¹³;

¹²Erişim sağlayıcıya "Superonline, Ttnet" gibi şirketler örnek olarak verilebilir.

¹³"Bu anlamda örneğin bir web sayfasının içeriğini hazırlayan ve internete yükleme (upload) işlemini de servis sağlayıcısının aracılığıyla gerçekleştiren internet süjesine, içerik sağlayıcı denir. Forumlarda ise, başkaları tarafından gönderilebilen mesajları yazan ve gerek gördüğünde kendisine ait mesajları silebilme veya değiştirebilme olanağına sahip olan süje, içerik sağlayıcı olarak isimlendirilmektedir." (SINAR,Hasan; İnternet ve Ceza Hukuku,Beta

toplu kullanım sağlayıcıdan, kişilere belli yerde ve belli bir süre internet kullanma olanağı tanıyanlar¹⁴; yer sağlayıcıdan ise, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek ve tüzel kişileri¹⁵ anlamak gerekir¹⁶.

Kanunun 4.maddesinde¹⁷ içerik sağlayıcının sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, içerik sağlayıcının internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumluluğu bulunmaktadır. Ancak, içerik sağlayıcının bağlantı sağladığı (link verme) başkasına ait içerikten sorumluluğu yoktur. Başkasına ait içerikten sorumlu olması için, içerik sağlayıcının bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli olmalıdır. Örneğin, içeriğinin suç oluşturduğunu bildiği halde, bu nitelikteki bir siteye link verilmesi, içerik sağlayıcının sorumluluğunu gerektirir¹⁸. Bu durumda içerik sağlayıcı genel hükümlere göre sorumlu olacaktır.

Kanun'un 5.maddesine¹⁹ yer sağlayıcının sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, görevi yalnızca bir internet sayfasını "barındırmak" olan yer sağlayıcının, yer sağladığı internet sayfalarının içeriğini denetleme ya da hukuka aykırı bir etkinlikte bulunup bulunmadıklarını belirlemek gibi bir yükümlülüğü yoktur. Yer sağlayıcının içerikten sorumlu olabilmesi için 5651 sayılı Kanun'un 8 ve 9.maddesi gereğince içerikten haberdar edilmesi ve ayrıca teknik olarak da içeriği kaldırabilecek durumda bulunmasına rağmen kaldırmaması gerekmektedir. Ancak ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.

Müvekkil, yukarıda da izah olunduğu üzere, yazıların içeriğini oluşturan kişi değildir. İçeriği oluşturan üçüncü kişilerdir. Öte yandan müvekkil, erişime kapatılan web sitesini sunucularında barındıran kişi de olmadığı için yer sağlayıcı olarak da yorumlanamaz. Müvekkil olsa olsa yorumların sitesinde yayınlanmasına aracılık eden "ortam sağlayıcı"dır ki bu kavram da mevzuatımızda tanımlanmış değildir. Ancak buna rağmen müvekkil, kendisine yorum bırakan kullanıcıların **IP numaralarını saklamaktadır.**

Bu IP numaraları Mahkemeye sorulmuş olsa idi müvekkil tarafından Mahkemeye verilecek ve yorumu yazan ilgili kişi hakkında doğrudan doğruya soruşturmaya başlanabilecekti. Oysa, Mahkemenin bu yola gitmeden doğrudan doğruya siteyi kapatması da orantısız olmuştur.

Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2001, s.41)

¹⁴Bu kavramdan anlaşılması gereken, günlük yaşamımızda "internet kafe" olarak adlandırılan yerlerdir.

¹⁵Bu kavramdan anlaşılması gereken, internet sektöründeki "host" veya "hosting" hizmeti olarak adlandırılan ve web sayfalarını barındıran yerleri sağlayan kişilerdir.

¹⁶ Geniş bilgi için TAŞKIN, Bilişim Suçları, s.149 vd

¹⁷ md 4 :"(1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

(2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.

¹⁸ Aksi görüş için bkz DÜLGER, "İnternet İletişiminin Engellenmesi", s.1485

¹⁹ md 5 :Yer Sağlayıcının Yükümlülükleri :

"(1) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

(2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten ,ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkan bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür."

Yer ve içerik sağlayıcının sorumluluğu Yargıtay Kararlarında da açıkça belirtilmiştir.

5651 Sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde de Yargıtay'ın, yasal dayanağı bulunmamasına rağmen, “*Türkiye’de İnsan Hakları İhlalleri*” başlıklı bir internet tartışma forumuna yorum yazan kişinin yorumunun, Cumhuriyeti, askeri kuvvetleri, emniyet güçlerini, adliyenin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif etmek suçunu oluşturduğu gerekçesiyle, bir başka kullanıcı tarafından site yöneticisine (moderatör) iletilmesine rağmen, yönetici tarafından bu yorumun 4 gün boyunca yayından kaldırılmaması üzerine, yönetici hakkında, yayını kaldırmaması nedeniyle açılan ve mahkumiyet kararı veren yerel mahkemenin kararını **bozduğu** bir kararı da bulunmaktadır²⁰.

Karar özetle şöyledir :

“(1) Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından öncelikle **sanığın adı geçen şirkette konumunun ne olduğu, foruma internet ortamında elektronik posta ile gönderilen suçlamaya konu yazılara müdahale etme görev ve yetkisinin bulunup bulunmadığı**, müdahale etme yetkisinin bulunmaması halinde bu yetkinin kime ait olduğu hususunun ilgili kurumlardan gerekli bilgi ve belgelerde sağlanarak saptanması...

(2) Mahkemece üniversitelerin bilgisayar ve ceza hukuku kürsülerinden seçilecek internet konusunda uzman bilirkişi kurulu ile keşif yapılarak Superonline AŞ'nin bir internet servis sağlayıcı mı, erişim sağlayıcı mı, yoksa her iki fonksiyona birlikte mi sahip olduğu, internet servis sağlayıcı olması durumunda sahibinin kim olduğu, ayrıca dava konusu yazının yayımlandığı forumun ve web sitesi siteminin işletene (moderatör) bağlı olup olmadığı hususlarının saptanmasından sonra, sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma ile hüküm kurulması..BOZMAYI gerektirmiştir.” (9.CD 2001-1854 E;2001-2649 K ve 25.10.2001 günlü kararı²¹)

Keza **Yargıtay 4.HD, 11.3.2003 tarih ve 2002/11093 E; 2003/2586 K sayılı kararında** özetle : “Dava konusu yayının yapıldığı internet sitesinin dava dışı Ahmet Yanık adına kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. **Teknik olarak başkasına ait siteden yayın yapmak mümkün ise de dava konusu yayının davacı tarafından yazıldığı kanıtlanmadığına göre davanın reddine karar vermek gerekir.**” gerekçesi ile **web sitesini işleten fakat yazıların içeriğini oluşturmayan kişilerin hukuken sorumlu olmadığına** karar vermiştir.

²⁰ Geniş bilgi için bkz TAŞKIN, Bilişim Suçları, s. 165, dipnot 673

²¹ aktaran: İLKİZ, Fikret; “İnternet Ortamında Yayınlar “, İnternet ve Hukuk, Derleyen: Yeşim M.ATAMER, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2004 s.483)

4.) Kapatmaya neden olan yorumlar ifade hürriyeti kapsamında yer alan eleştirel yorumlardır:

Kapatmaya gerekçe gösterilen dilekçedeki ifadeler, davacı işletmeye hakaret mahiyetinde olmaktan ziyade, bu işletme hakkında eleştirileri içeren niteliktedir. Kaldı ki bu sitede ilgili kurum hakkında yazılmış olan olumlu yorumlar da bulunmaktadır. **(EK-6 : kapatılan web sitesinde, davacı şirket lehine yapılan yorumlar) (EK-7'de tüm lehe ve aleyhe olan yorumlar da ayrıca verilmiştir)**

Salt bu gibi yazılara dayanılarak web sitesinin yayınının durdurulması durumunda, adı geçen web sitesi işleyemez duruma gelecektir. Çünkü, işletme sahiplerinin genellikle en ufak bir eleştiriye dahi tahammülü yoktur.

Kapatmaya gerekçe oluşturan yazılar şunlardır:

6 numaralı yazıdaki:

"Karsan üst yönetiminin, bu doğrultuda tüm politikalarının, İK (İnsan kaynakları) yaklaşımlarının pat diye değiştiği, bu nedenle çalışanlarının birçoğunun mutsuz ve umutsuz olduğu, İK'nin ne iş yaptığının belli olmadığı, ama yine de insanların çalışmak için kendilerini paraladığı bir şirkettir" şeklindeki ifade;

7 numaralı yazıdaki :

"Karsan 2010 yılında 24 bin küsur araç üretmiş. Bir otomotiv firması için çok komik bir rakam!Türk Traktör bile 30 bin traktör üretti, Sürekli basına balon projeler duyurmak ciro yaratmıyor. Üretim de yapmak lazım! Geleceği olmayan, çalışanlar için iş güvencesi açısından riskli bir firma." şeklindeki ifade;

9 numaralı yazıdaki :

"New York belediye Başkanı : '2 yıl sonra tekerleri düşer' dedi. finalde Karsan'ı eledi. Şimdi vik vik desem suç bende mi?" şeklindeki ifade;

11 numaralı yazıdaki :

"Yöneticileri yılbaşında süper iddialı projelerle karizmatik pozlarla gazetelerde televizyonlarda boy gösterirler.Ama yıl bittiğinde bir önceki yıl gibi yerinde saydıkları ve iddialı projelerin fos çıktığı görülür. Yurdumun küçük sanayisindeki küçücük patron işletmesinin bilmem kaç kat büyük ölçekli halidir." şeklindeki ifade;

13 numaralı yazıdaki :

"Tofaş'tan göç eden mutsuz ve umduğunu bulamamış mühendis ve küçük yöneticileri alıp burada istedikleri gibi bir pozisyonda yönetici yapan yer. Kardeş gruplar ne de olsa. 2000'li yılların ilk yarısından sonra hemen hemen tüm yöneticileri değişmiştir Karsan'ın. En tepedekiler dahil. Şimdi başka fabrikalarda başarılarını sürdürmektedirler." şeklindeki ifade;

15 numaralı yazıdaki :

"Kendi içinde ekip olamayan, çatışam yaşayan bir firmaBaşarısız yöneticilerle dolu. Strateji koymaktan uzak ve anlık yaşayan. İK pasif. Başarısızlığı yönetimde değil, birim yöneticilerinde arayan bir yaklaşımda. İstifaların sonu gelmiyor." şeklindeki ifade;

16 numaralı yazıdaki :

"Lidersiz bir İK" şeklindeki ifade;

17 numaralı yazıdaki :

"Tofaştan 40 yaş adamları getiren, kendi içinde kariyer planını kuramayan ve işe başlayan herkesin 1 yıl içinde terk ettiği bir yer. İK ise kendi içinde bölünmüş eski yeni çatışmasına girmiş." şeklindeki ifade;

18 numaralı yazıdaki:

"Lideri olmayan İK" şeklindeki ifade;

21 numaralı yazıdaki:

"İyi işlere imza atmaya çalışıyormuş? Çalışmak yeterli mi? Yıllardır gerçekleştirilemiyorsa çalışmak hayal tacirliğinin diğer adı olmaz mı? Geçen sene traktörcüler bile Karsan'dan çok araç üretti. Bu mu iyi iş?" şeklindeki ifade;

Kapatmaya gerekçe oluşturan ifadelere bakıldığında, talebe ve kapatmaya esas alınan ifadelerin tümünün eleştiri sınırları içindeki görüşler olduğu ve ticari saygınlığı zedeler mahiyette olmadığı açıkça görülmektedir.

Bu yönüyle erişim yasağı kararı, aşağıda özetlenen AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay İçtihadına da açıkça aykırıdır ve kararın KALDIRILMASI gerekmektedir.

4.A) İfade Özgürlüğüne İlişkin AİHM Kararları:

AİHM, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında katı ve kesin koşullar aramaktadır. AİHM'e göre kural olarak ifade özgürlüğü kısıtlanamaz. Kısıtlama ancak harfiyen uyulması gereken ve ikna edici biçimde tespit edilen bazı istisnalara tabidir.

AİHM, ifade hürriyetinin kullanımının sınırlarını her somut olayın özelliğini de dikkate alarak başvuru sahibi tarafından güdülen amaca, müdahale edilen ifadenin içeriğine ve söz konusu ifadenin bağlamına göre yorumlamaktadır. Ayrıca, ifadenin kime yöneldiğini de bu noktada dikkate almaktadır. Eğer ifade, bir politikacıya yönelmişse daha az kısıtlamaya tabi olacaktır²².

AİHM, bir ifadeye yapılacak müdahalenin doğru olup olmadığını müdahalenin yasa

²² TANJU, Erhan; AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s. 167

ile öngörölmüş olup olmadığına, hukuken korunan meşru bir amaca yönelip yönelmediğine ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakarak karar verir²³.

Müdahale yasa ile öngörölmüşse, bu yasanın açık ve anlaşılır olmasının yanı sıra insanlarca rahat ulaşılabilir olması da gerekmektedir. Bu bağlamda, önlemin önceden öngörülebilir olması da gerekir²⁴. (**Öztürk & Türkiye Kararı, Dink Türkiye Kararı ve Gözel-Özer Türkiye Kararı ile Hashman ve Harrup Birleşik Krallık Kararı**)

Ayrıca sınırlamanın 10. maddede açıkça sayılan meşru amaçlardan birine dayanması da şarttır. Bunlara dayanmayan bir sınırlama için meşruluk değerlendirmesinde bulunulamaz.

Demokratik toplumda gereklilik ilkesi ise, müdahalenin acil bir toplumsal gereksinimi karşılayıp karşılamadığını ortaya koyar. Bu bağlamda **Sunday Times & UK davası** AIHM'in ölçütlerini açıkladığı en önemli davalardan biridir²⁵.

AIHM, AIHS'ni ifade hürriyeti açısından yorumlarken bir kuralın yasa ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına, demokratik toplum ilkelerine uygun olup olmadığına (meşru amaç), orantılılık (ve ölçülülük) ilkeri ile bağdaşıp bağdaşmadığına bakar.

Buna göre, bir sınırlandırmanın öncelikle yasa ile düzenlenmiş olması gerekir ve bu yasanın herkesçe anlaşılır kesinlikte bulunması şarttır. Ayrıca, hak ve özgürlüğü yapılan müdahalenin bu müdahale ile ulaşılmak istenen amaçla bağdaşması (orantılı olması) da şarttır.

Bir başka ölçüt ise demokratik toplumun ölçütlerine uyulmasıdır. Buna göre, düşüncenin kısıtlanmasında o düşüncenin yalnızca uça, şok edici veya rahatsız edici olması yetmez; şiddete teşvik ve telkin edici olması da gerekir. Hak ve özgürlüğün kısıtlanmasında ayrıca kamu yararı bireysel hak ve özgürlükler dengesi de gözetilmelidir. **Kısıtlamanın acil bir toplumsal gereksinime dayanması** da gerekir²⁶.

Öte yandan, düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasında kısıtlamanın meşru bir amaca yönelmiş olması da gerekmektedir. Meşru amaçtan anlaşılan ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ya da kamu güvenliği, düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesidir²⁷.

AIHM'in ifade özgürlüğü konusundaki ölçütlerini geliştirdiği ilk kararı **Handyside & Birleşik Krallık Kararı**'dır²⁸.(1976) . Kararda özetle:

*"İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. **İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen.***

²³ TANJU,a.g.e, s. 168

²⁴ TANJU,a.g.e, s. 169

²⁵ TANJU,a.g.e, s. 171

²⁶ KABOĞLU, İbrahim Özden; Özgürlükler Hukuku, AFA Yayınları, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 1998, s. 201

²⁷ KABOĞLU, Özgürlükler, s. 195

²⁸ TANJU,a.g.e, s. 158

veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhine olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün, açık fikirliliğin gereğidir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her formalite, koşul , yasak ve ceza izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır." denerek, sarsıcı ve şok edici de olsa ifade hürriyetinin korunması ve sınırlamaların orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır.

Keza AİHM Casado-Coca & İspanya Kararı'nda (1994) ticari alandaki ifade hürriyetinin de korunduğunu şöyle vurgulamıştır²⁹:

*"İfade özgürlüğü, yalnızca siyasi içerikli fikirler için değil, bazı fikir türleri için de geçerlidir. Bunlar sanatsal, reklamsal, **ticari** ifade türleridir."*

Aynı şekilde, bir çatışma durumunda size yanlış gelen düşünceyi ortadan kaldırmak yerine, birbiriyle çatışma içinde olan sorunların **karşılıklı hoşgörü ile çözümlenmesinin** çoğulculuğun yerleşmesinde önemli olduğu da AİHM'in Şerif-Yunanistan (1999) içtihadı ile ortaya konmuştur³⁰.

AİHS md 10'un kapsamına kanaat özgürlüğü; **bilgi, haber ve kanaatleri alma ve verme özgürlüğü**; bilgi ve habere ulaşma (haber alma) özgürlüğü ve iletişim araçları özgürlüğü girmektedir.

Bilgi, haber ve kanaatleri alma ve verme özgürlüğü kanaatin serbest bir şekilde oluşmasının engellenmemesini bünyesinde barındırmaktadır. Bu bağlamda, **bireylerin serbestçe kanaat sahibi olma haklarının korunması**, kanaatleri nedeniyle sorumlu tutulmaması, suçlanmaması ve kınanmaması, totaliter yönetimlerin aksine kanaatlerin yönetime engel olarak görülmemesi kanaat özgürlüğünün kapsamında yer alır³¹.

AİHM, bu ilkeyi Lingens-Avusturya Kararında *"Mahkemenin görüşüne göre olgular ile değer yargıları arasında özenli bir ayırım yapmak gerekir. Olguların varlığı kanıtlanabilir; oysa değer yargılarının doğruluğu kanıtlara başvurularak ortaya konulamaz... Değer yargıları açısından bunu talep etmek , gerçekleştirilemeyecek bir şey istemektir; bu durum, AİHS'nin 10. maddesinin teminat altına aldığı hakkın asli bir bölümü olan kanaat özgürlüğünün bizzatı kendisidir"* diyerek kanaatlerin serbestçe ortaya konulması gerektiğine işaret etmiştir³². (s.160-161)

İfade özgürlüğü bilgi (haber) ve kanaatleri (fikir) **alma ve vermeyi de** içerir. Buna örnek olarak ise **İsveç'te Scientology Kilisesi'nin açtığı davayı** vermiştir. Müller vd İsveç Davası da buna bir başka örnektir. Bu davada, sanatsal alanda bilgi ve fikir anlatımına özgürlük tanınması da ifade özgürlüğünün temel unsurlarından kabul edilmiştir. Bu kararla AİHM, sadece ifade edilen fikir veya bilgilerin içeriğini değil, bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına almıştır³³. (s.162).

²⁹ TANJU, a.g.e, s. 158

³⁰ TANJU, a.g.e, s. 146

³¹ TANJU, a.g.e, s. 159

³² TANJU, a.g.e, s. 160-161

³³ TANJU, a.g.e, s. 162

Bu eksenden bakıldığında, AİHS'in ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin haber ve fikirlerin içeriği ile birlikte bunların ifade edilme şekilleriyle araçlarını da koruduğunu söylemek yanlış olmaz. Başka bir söyleyişle, yazılı ve sözlü ifadenin yanı sıra, bir fikir veya bilgi vermeyi amaçlayan, resim, müzik, görüntü, oyun, giyim vb eylemlerin de ifade özgürlüğü kapsamında korunduğu söylenebilir³⁴.

Görüldüğü üzere, erişim yasağı kararı AİHM içtihadına da açıkça aykırıdır ve bu nedenle **KALDIRILMALIDIR**.

4.A.1) Avrupa Birliği 2011 yılı İlerleme Raporu'nda Türkiye'nin İnternet Sansürü Sicili Çok Olumsuzdur:

AB 2011 İlerleme Raporunda Türkiye'deki basın özgürlüğündeki sorunlar vurgulanmıştır. Bunlardan başlıcaları AİHM'e Türkiye aleyhinde, ifade özgürlüğü ile ilgili olarak pek çok şikayetin gittiği şeklindeki eleştiri, ayrıca ceza yasalarındaki ifade özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemeler eleştirilmiştir³⁵.

Öte yandan, internet sitelerinin sık sık yasaklanmakta olduğu, bu yasakların kapsam ve süre bakımından orantısız biçimde uygulandığı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın (TİB) 2009 yılından beri erişime kapatılan internet siteleri hakkında herhangi bir istatistik veri yayınlamadığı, aralarında Youtube'un da bulunduğu bazı sosyal paylaşım sitelerine erişim yasağı konması için açılan davaların halen devam etmekte olduğu; bu nedenle 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun'un (İnternet Kanunu) düzenlenmesinin gerektiği ilerleme raporunda ifade edilmiştir.

Keza Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği de ifade özgürlüğüne ilişkin sorunların temelinde 1982 AY'ndaki düzenlemelerin ve anayasanın lafzının ve ruhunun yattığını ifade etmiş öte yandan, internet sansürünün demokratik bir ülkede olması gereken sınırın çok dışına taşıtığını bu nedenle de Türk İnternet Yasası'nın yeniden düzenlenerek Avrupa Konseyi ölçütlerine uydurulması gerektiğine işaret etmiştir.

Verilen kararın AB'ye tam üyelik yolundaki Türkiye'nin internet konusundaki kötü siciline olumsuz bir katkıda bulunduğu açıktır. Kararın bu nedenle de KALDIRILMASI gerekmektedir.

4.B.) Anayasa Mahkemesi'nin İçtihadı:

4.B.1) Mahkemenin Erişim Yasağı Kararı Anayasa'ya Aykırıdır:

Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında nasıl bir yöntem izleneceğinin yanıtı Anayasa'nın 13. maddesiyle verilmiştir. Buna göre, bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması için bu hak ve özgürlüğe ilişkin kısıtlama nedeninin öncelikle Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmesi; ilgili hakkın özüne dokunulmaması, kısıtlamanın ancak kanunla yapılması ve kısıtlamaların Anayasanın

³⁴ TANJU, a.g.e, s. 158

³⁵ TANJU, a.g.e, s. 60-61-62-63

sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir. Bir başka deyişle, bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması için öncelikle anayasanın ilgili maddesinde bu hak ve özgürlüğün kısıtlanabileceği düzenlenmiş olmalıdır³⁶.

Oysa, hukukumuzdaki internet erişim yasakları öncelikle Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır. Çünkü, Anayasa'nın hiçbir maddesinde internetten yararlanma hakkının nasıl kısıtlanacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur³⁷.

Anayasanın 28. maddesinde yer alan Basın Hürriyeti ile ilgili olan düzenlemelerin ve aynı maddenin 4 ile 6. fıkralarında bu özgürlük bakımından getirilen sınırlama sebeplerinin internet erişim yasakları açısından uygulanabilmesinin mümkün olmadığı kanısındayız. Çünkü, internet niteliği itibarıyla basılı eser olmadığı için, basın sayılmaz. Bu nedenle, basın araçları ve basın özgürlüğü bakımından getirilen sınırlama sebeplerinin internet erişim yasakları açısından uygulanması hukuken mümkün değildir³⁸.

Bu nitelik farkından ötürüdür ki 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesinde internet üzerinden yapılan yayınlar nedeniyle doğabilecek olası hukuk ihlallerine karşı cevapve düzeltme hakkının nasıl kullanılacağı (Basın Kanunu'nun 14. maddesinden farklı olarak) **ayrıca** düzenlenmiştir.

Durum böyle olunca, **Anayasa'da internet yayınlarının kısıtlanmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından ve Anayasamızda da temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin genel mahiyette bir düzenleme yer almadığından,** hukukumuzdaki internet erişim yasaklarına ilişkin tüm mevzuat kendiliğinden anayasaya aykırı hale gelmiştir³⁹.

Dolayısıyla Mahkemece verilen erişim yasağı kararı, bırakın Anayasa'yı, internet erişim yasaklarını düzenleyen 5651 Sayılı Kanun'a dahi dayanmadığı için Anayasa'ya aykırıdır. Karar bu sebeple de KALDIRILMALIDIR.

4.B.2) Anayasa Mahkemesi'nin Kararları:

Anayasa Mahkemesi, yukarıda özetlediğimiz AİHM içtihadı ekseninde Anayasa'nın 13. maddesini yorumlamış ve özgürlüklerin kısıtlanmasında şu temel ölçütlere ulaşmıştır.

Buna göre AYM 26.11.1986 Tarih, 1985/8 E., 1986/27 K. sayılı kararında⁴⁰, **"Kişinin sahip olduğu dokunulmaz ve vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar**

³⁶ Ş.Cankat TAŞKIN'ın "İnternet Erişim Yasaklarının Anayasaya Aykırılık Açısından İncelenmesi" konulu **doktora tez taslağından alınmıştır.** (Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü)

³⁷ Ş.Cankat TAŞKIN, a. g. tez taslağı

³⁸ Ş.Cankat TAŞKIN, a. g. tez taslağı

³⁹ Ş.Cankat TAŞKIN, a. g. tez taslağı

⁴⁰ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=751&content= (Erişim tarihi: 30.08.2012)

demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyum içinde sayılamaz. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde yorumlanmalıdır." diyerek demokratik toplum düzeni ve hakkın özü kavramına açıklık getirmiştir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün kaynağı AİHS ve AİHM içtihadıdır. **AİHM Soering Kararı'nda** yasayla öngörülen ve kamu düzeninin korunması için demokratik bir toplum bakımından zorunlu olan kısıtlamaların hiçbir zaman **hakkın özüne dokunamayacağı**, sınırlamaların hangi nedenle olursa olsun hakkın özünü boşaltma sonucu doğuramayacağı ifade edilerek ölçüt içtihad haline getirilmiştir⁴¹.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki bir diğer ölçüt ise **ölçülülük** ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan aracın, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaca uygun olması gerekir⁴².

Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında **yasallık da** önemli bir ölçüttür. Anayasa Mahkemesi bu durumu 1978/54 E., 1979/9 K ve 8.2.1979 tarihli bir kararında şu ifadelerle özetlemiştir:

"Yasa ile kısıtlama, özelde özgürlükleri kısıtlanan kişilerin zararına olsa bile, genelde toplumun yararına olabilir. Yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği zarara göre ağır basması durumunda kamu yararının varlığını kabul etmek gerekir." (http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=579&content=) (Erişim Tarihi: 30.08.2012)

Buna göre AYM, bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında öncelikle sınırlamaya ilişkin bir **yasal düzenlemenin varlığını** aramaktadır. Ayrıca, sınırlamaya gidilirken, sınırlamada kamu yararının bulunup bulunmadığı da araştırılacak; sınırlamanın topluma sağladığı yararlar bireye verdiği zarar arasında eğer **toplum yararı lehine bir tercih yapılabiliriyorsa** sınırlamaya gidilebilecektir⁴³.

Ölçülülük İlkesi de özgürlüklerin kısıtlanması bakımından AYM tarafından kabul edilmiş olan bir ilkedir.

Anayasa'nın 15. maddesi, bünyesinde ölçülülük ilkesini de barındırmaktadır. **Bu ilke ile, sınırlamada başvuru aracın, sınırlamanın amacıyla bağlantılı olması gerektiği, bir başka deyişle, amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerektiği ifade edilmektedir.**

Ölçülülük ilkesini, hukuk devletinin zorunlu ilkelerinden biri olarak kabul etmek gerekir. Bu ilke, bünyesinde elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkelerini de barındırmaktadır. Elverişlilik, sınırlama sürecinde başvuru aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli oluşunu ifade ederken, gereklilikten ise, sınırlamanın dayanağı olan amacı gerçekleştirmek için aynı amaca ulaşan birden fazla yöntem bulunması durumunda, bunların içinde özgürlüğe en az kısıtlama getirecek olan aracın

⁴¹ KABOĞLU, Özgürlükler, s. 101, dn 4

⁴² KABOĞLU, Özgürlükler, s. 103

⁴³ AKAD, Mehmet/ DİNÇKOL, *Bihlerin Vural*, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2000, s. 241

seçilmesini ifade eder. Oranlıktan ise, sınırlamayla ulaşılmak istenen amaçla sınırlamada başvuru aracın bir denge içinde bulunması kast edilmektedir⁴⁴.

1982 AY döneminde ölçülülük ilkesine AYM daha sık başvurmuştur. Bu dönemdeki kararlarından birinde Anayasa MAhkemesi (1986/12 E., 1987/ 4 K., 11.02.1987 KT) AYM önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir denge bozulduğundan , araç ile amaç arasındaki mantiki bağın kaybolduğunu belirterek iptal kararı vermiştir⁴⁵.

Başka bir kararda da AYM, ölçülülük ilkesini "*Makul, kabul edilebilir ilkelerin aşılması aykırılığı oluşturur.Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir. Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır.*" diyerek özetlemiş ve amaçla araç arasındaki dengenin önemine işaret etmiştir. (1986/17 E., 1987/11 K., 22.5.1987 T karar⁴⁶) . AYMKD, Sayı: 23, s. 222)

Ancak burada şu konuya öğretilen **Prof Dr Mümtaz SOYSAL** tarafından özellikle dikkat çekilmektedir. **Düşüncenin açıklanmasının sınırlandırılması**, zorunlu olarak düşünce özgürlüğünün ortadan kaldırılması sonucunu da doğuracaktır. Çünkü, düşünce özgürlüğü "özgürlük" ile "özgürlüğün sınırlanması" arasında ayırım yapılmayacak derecede bütünleşmiş bir niteliktedir. Bir başka deyişle, düşünce ya vardır ya da yoktur. Bazı düşünceler vardır, bazıları yoktur dersiniz düşünceyi tamamen oradan kaldırmış olursunuz⁴⁷.

Düşüncenin açıklanması ancak bir suç soruşturması sırasında veya suçun önlenmesi için ve suçun unsuru ise sınırlandırılabilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir düşünce açıklamasını ancak kişinin veya devletin korunması bakımından yasaklanmış olan eylemleri içermesi ve bu eylemler ile düşüncenin açıklanması arasında yakın ve açık nedenselliğin bulunması ve eylemler nedeniyle kamu düzeninin ortadan kalması **açık tehlikesi varsa** sınırlandırmaktadır. Yani önlenecek olan, düşüncenin bizatihi kendisi değildir; düşüncenin eyleme dönüşmüş şekli olan suçtur⁴⁸.

Tüm bu Anayasa Mahkemesi kararları ve öğretisi görüşleri ışığında itiraza konu olan karar değerlendirildiğinde, erişim yasağı kararının ölçülülük ve demokratik toplumda gereklilik ilkesine de uymadığı; ayrıca hakkın özünü tamamen ortadan kaldırdığı sonucuna ulaşılabilecektir.

Kararın, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına da aykırı olduğu açıktır. Karar bu nedenle de KALDIRILMALIDIR!

⁴⁴ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2000, s. 107-108-109

⁴⁵ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=758&content= (Erişim Tarihi: 30.08.2012)

⁴⁶ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=758&content= (Erişim Tarihi: 30.08.2012)

⁴⁷ SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997, s. 145

⁴⁸ SOYSAL, 100 Soruda Anayasa, s.145

5.) Karar Yargıtay'ın Yerleşik İçtihadına da Aykırıdır:

Yargıtay 8. CD de **23.05.2012** tarih, 2009-7316 E., 2012-17738 K. sayılı kararında özetle "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13,14,25,26 ve AİHS'nin 9/2,10/2, 17. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde devlet yahut halkın bir bölümü için rahatsız edici, hoşla gitmeyen, kural dışı, endişe verici, fakat şiddet ve kışkırtıcılığı içermeyen nitelikteki sözler de ifade hürriyeti kapsamındadır.*" (YKD, Mayıs 2012, s. 1020) diyerek ifade hürriyetinin kısıtlanmasında uygulanacak olan ölçütleri çağdaş normlar ışığında yorumlamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2008/4-520 E., 2008/571 K ve 24.9.2008 T kararında da özetle : "*Dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Yayınlanmasında kamu yararı bulunan, gerçek ve güncel bir haberin veya eleştirinin, öze biçim arasında denge kurulmak suretiyle verildiği durumlarda, manevi tazminat sorumluluğunun temel ögesi olan "hukuka aykırılık" gerçekleşmeyeceğinden, basının sorumluluğu da söz konusu olamaz. Somut olay değerlendirildiğinde; yapılan yayında yer alan açıklamalar kişilik haklarına ağır ve haksız bir saldırı oluşturmamakta ve eleştiri sınırları içerisinde kalmaktadır. Bu durumda, manevi tazminat isteminin dayandırıldığı hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, kişilik haklarına saldırının bulunmadığını kabul eden direnme kararı yerindedir." diyerek, eleştiri sınırları içerisindeki düşünce açıklamalarının haksız fiil olmadığını ifade etmiştir. (EK-8)*

Yargıtay'ın içtihadına da aykırılık taşıyan erişim yasağı kararının **KALDIRILMASI** gerektiği görüşünderiz.

6.) Müvekkilin Zararı Sürmektedir:

Müvekkilin web sitesine konan hukuka aykırı erişim yasağı nedeniyle müvekkil sitesine reklam alamamaktadır. Ayrıca sitesinin google gibi arama motorlarındaki popülaritesi her geçen gün düşmektedir. Bu da siteye ulaşmak isteyen kişilerin arama motorlarında sitenin adının daha geri sayfalarda görülmesine neden olmaktadır. Bu nedenle de kararın **KALDIRILMASINI** talep ediyoruz.

7.) Gerekçeli kararda yasa yolu başvurusunun nereye yapılacağı gösterilmemiştir:

Gerekçeli kararın sonuç kısmında, kararın tebliğden itibaren 15 gün içinde yasa yollarına başvurulacağı belirtilmişse de bu merciiin hangi mercii olduğu belirtilmemiştir. Bu da hak arama hürriyetimizi olumsuz etkilemektedir.

Ancak, 6100 Sayılı HMK üzerinde yaptığımız incelemede, konunun ihtiyati tedbirler kapsamında düşünülebileceği öngörülmüş ve itirazımız bu nedenle HMK 394/2-son ve 394/3 hükümleri gereğince bir haftalık süre içinde itiraz ediyoruz.

Kararın bu nedenle de itirazın **KALDIRILMASI** gerekmektedir.

Özetlersek:

Müvekkilin yetkilisi olduğu www.firmafaresi.com adlı web sitesine konan erişim yasağı öncelikle 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesindeki (ve diğer kanunların göndermesi ile aynı kanununa dı geçen maddesine) hiçbir aykırılık içermemektedir. Bu mevzuatta sayılan katalog suçlarla dava konusunun bir ilgisi yoktur ve MK 24-25 hükümleri hakime erişim yasağı koyma yetkisi zaten vermemektedir. Bu nedenle, asliye hukuk mahkemesi görevli değildir. Yapılması gereken işlem, görevsizlik kararı verilerek dosyanın 5651 SK md 8 gereğince görevli olan sulh ceza mahkemesine gönderilmesidir.

İkincisi, dava hasımsız şekilde açılmıştır. Oysa, hasımsız davalarda görevli mahkeme HMK 383. maddesi gereğince sulh hukuk mahkemesidir. KArar bu yönüyle de hukuka aykırıdır ve kaldırılmalıdır.

Öte yandan, erişim yasağına gerekçe oluşturan ifadeler, içerik olarak eleştiri hakkı sınırları dahilindedir. Bu nedenle hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasındaki AİHM, AYM ve Yargıtay İçtihadına aykırı biçimde karar verilmiştir.

Belirtilen nedenlerle **teminatsız olarak HMK 396/1 gereğince** müvekkil web sitesi hakkındaki ihtiyati tebdir kararının KALDIRILMASINI talep ediyoruz.

DELİLLER ve EKLER :

- 1.) Müvekkilin erişim yasağı konan www.firmafaresi.com adlı web sitesinin yetkilisi olduğunu gösteren BTK ekran çıktısı **(EK-1)**
- 2.) Müvekkilin, 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesi gereğince yapılan talep üzerine yayınladığı tekzip metinleri **(EK-2)**
- 3.) Davacı vekilinin müvekkil site ile yaptığı yazışma çıktısı **(EK-3)**
- 4.) Müvekkilin, kendisine ulaştırılan tekzip kararlarını uyguladığını gösterir çıktı **(EK-4)**
- 5.) Kapatılan web sitesinin yorum denetimine ve çalışma sistemine ilişkin açıklamalarını içeren çıktıları **(EK-5)**
- 6.) Kapatılan müvekkil web sitesinde davacı şirket lehine yapılan yorumlar. **(EK-6)**
- 7.) Kapatılan müvekkil web sitesinde davacı şirket lehine ve aleyhine yapılan tüm yorumlar. **(EK-7)**
- 8.) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2008/4-520 E., 2008/571 K ve 24.9.2008 T kararı **(EK-8)**

HUKUKİ NEDENLER : 6100 Sayılı HMK, 5651 Sayılı Kanun, Yargıtay, AİHM, AYM İçtihadı, öğreti görüşleri ve her türlü hukuki kaynak...

SONUÇ ve İSTEK

Yukarıda açıkladığımız nedenler ve Mahkemenizce re'sen gözetilecek sebeplerle 6100 Sayılı HMK'nın 394/2.c.son ve 394/3,4 maddeleri ile 396/1. maddeleri gereğince; AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay İçtihatlarına açıkça aykırı olan:

1.) Bursa 6. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 29.....2012 Tarih; 2012-2..... E., 2012-4..... K. sayılı erişim yasağı kararınının, **öncelikle infazının durdurulmasına** ve HMK 396/1 hükmü de gözetilerek, **Mahkemenizin görevsiz oluşu da nazara alınarak teminat aranmaksızın KALDIRILMASINA;**

2.) Yargılama giderleri ile vekalet ücretinin, haksız hukuki nedenle dava açan davacıya yükletilmesine;

Karar verilmesini müvekkil adına saygıyla talep ederim. 31.08.2012

İtiraz Eden
A..... Y.....
Vekili
Av. Şaban Cankat TAŞKIN

EKLERİ : Metin İçinde belirtilen belgeler ile vekaletnamenin onaylı örneği

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet/ DİNÇKOL, Bihterin Vural, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2000

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2000

DÜLGER, Murat Volkan; “*İnternet İletişiminin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 Sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme*”; İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı: 2007/4

İLKİZ, Fikret; “İnternet Ortamında Yayınlar “, İnternet ve Hukuk, Derleyen: Yeşim M.ATAMER, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2004

KABOĞLU, İbrahim Özden; Özgürlükler Hukuku, AFA Yayınları, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 1998

KAYA, Mehmet Bedii; *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi (5651 Sayılı Kanun ve Dünya Uygulamaları)*; XII Levha Yayıncılık, Şubat 2010, İstanbul

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2008.

ÖZEN Muharrem/ BAŞTÜRK, İhsan; *(Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında) Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*; Adalet Yayınevi, Ekim 2011, Ankara

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan; *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 11.Baskı, Ankara, 2007

SINAR,Hasan; İnternet ve Ceza Hukuku,Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2001

SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997

Ş.Cankat TAŞKIN'ın “*İnternet Erişim Yasaklarının Anayasaya Aykırılık Açısından İncelenmesi*” konulu *doktora tez taslağı* (Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü)

TANJU, Erhan; AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü,Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012

TAŞKIN, Şaban Cankat; *Bilişim Suçları*, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2008

Yargıtay Kararları Dergisi

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?manage_karar&ref=show&action=karar&id=751&content= (Erişim tarihi: 30.08.2012)

