

## 1398. Toplantı, 9-11 Mart 2021 (DH)

İnsan hakları

### H46-31 Ahmet Yıldırım / Türkiye grubu (Başvuru No. 3111/10)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanmasının denetimi

Referans belgeler

DH-DD(2021)51 , DH-DD(2017)1157 , CM/Del/Dec(2017)1302/H46-31

Başvuru	Dava	Karar Tarihi	Kesinleşme	Sınıflandırma göstergesi
3111/10	AHMET YILDIRIM	18/12/2012	18/03/2013	Karmaşık sorun
48226/10+	CENGİZ VE DİĞERLERİ	01/12/2015	01/3/2016	

#### Dava açıklaması

Bu davalar, Google Siteleri ve YouTube'a erişimi engelleyen ulusal mahkeme kararları nedeniyle başvuranların ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmesiyle ilgilidir (10. maddenin ihlali).

*Ahmet Yıldırım* davasında karar, Google Siteleri tarafından barındırılan bir web sitesinin sahibi olan üçüncü bir kişiye karşı, Atatürk'ün hatırasına hakaret yasağı ile ilgili olarak devam eden ceza davası kapsamında 2009 yılında verilmiş olup, 5651 sayılı Kanun'un (İnternet yayınlarının düzenlenmesi ve İnternet suçlarıyla mücadele kanunu) 8. Maddesine dayandırılmıştır. Bu engelleme kararı sonucunda, başvuru sahibinin web sitesine (Google Siteleri tarafından barındırılan) erişim de birkaç yıl boyunca engellenmiştir.

*Cengiz ve Diğerleri* davasında, ulusal mahkeme YouTube web sitesinde bulunan on video dosyasının içeriğinin Atatürk'ün hatırasına hakaret yasağını ihlal ettiğine karar vermiş ve bu nedenle 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca web sitesinin tamamına erişimin engellenmesine kararı vermiştir. YouTube'a erişim, 5 Mayıs 2008 ile 30 Ekim 2010 tarihleri arasında Türkiye'de engellenmiştir. Mahkeme, yetkililerin YouTube web sitesinin tamamına toplu engelleme kararı verilmesinin, başvuru sahipleri gibi aktif kullanıcılarının haklarını kaçınılmaz olarak etkileyeceği ve önemli bir yan etkiye sahip olacağı gerçeğini dikkate alması gerektiğine hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinden kaynaklanan başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğü hakkına yönelik müdahalenin, tek bir web sayfasının veya barındırdığı içerik temelinde tüm bir alan adının ya da web sitesinin tamamına erişimin engellenmesine izin vermediği için Sözleşmenin öngörülebilirlik şartını karşılamadığını tespit etmiştir. Ayrıca, ulusal hakimlerin karar verirken söz konusu çeşitli menfaatleri dengelemeye çalıştıklarına dair herhangi bir gösterge bulunmamaktadır. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu eksiklik, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin lafzından kaynaklanmaktadır. Bu madde, ulusal mahkemelere Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca Mahkeme tarafından belirlenen ve uygulanan kriterleri dikkate alarak, bu tür toptan erişim engellemesinin gerekli olup olmadığını incelemekle ilgili herhangi bir yükümlülük getirmemektedir.

Mahkeme ayrıca, 5651 sayılı Kanunun, engelleme kararlarının uygulanmasında Telekomünikasyon ve Bilgi Teknolojileri Başkanlığına geniş yetkiler verdiğini değerlendirmiştir. Mahkeme, böyle bir önleyici kısıtlamanın Sözleşme ile mutlak olarak bağdaşmaz olduğu kanaatine varmamıştır. Ancak, hem yasakların kapsamı üzerinde sıkı bir denetim hem de yetkinin kötüye kullanılmasını önlemek için etkili bir yargısal denetim sağlayan yasal bir çerçeveye ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir.

## İnfaz durumu

Bu dava grubunun Komite tarafından son incelenmesinde (Aralık 2017), Komite, başka bireysel tedbirlerin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Genel tedbirlere ilişkin olarak ise Komite, 5651 sayılı Kanun'un, özellikle tüm internet sitelerinin toptan engellenmesine ilişkin idari uygulamalarda suistimalleri önlemek amacıyla etkili güvenceler sağlaması bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından dile getirilen endişelere tam olarak karşılık vermesini teminen, ilgili Avrupa Konseyi belgelerinden yararlanılması konusunda yetkilileri şiddetle teşvik etmiştir.

Yanıt olarak, yetkililer önceki görüşlerini yinelemiş ve aşağıda özetlenen bilgileri sağlamışlardır.( DH-DD(2021)51 ).

### Bireysel önlemler:

Google Siteleri ve YouTube'a erişimin engellenmesine ilişkin kararlar sırasıyla Mart 2011 ve Ekim 2010 tarihlerinde kaldırılmıştır.

### Genel önlemler :

Yetkililer, mevcut kararların yalnızca 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesi kapsamında, ceza yargılamaları çerçevesinde "ara tedbir" niteliğinde alınan erişim engelleme kararlarına ilişkin olduğunu vurgulamışlardır. Komite'nin incelemesini de kararlarda belirtilen çerçeveye sınırlı tutması gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca, 5651 sayılı Kanun'da 2014 ve 2015 yıllarında yapılan yasal değişikliklere ilişkin önceki sunumlarını hatırlatmış ve bu değişikliklere dair bilgi vermişlerdir.

### Yasal değişiklikler ve uygulamadaki durum

5651 sayılı Kanun'un 8.maddesinde 17 Ekim 2019 tarihinde yapılan değişikliklerle, toptan erişim engelleme kararlarına yasal bir dayanak getirilmiş ve maddeye, "...teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir." ibaresi eklenmiştir. Kanun, ayrıca 29 Temmuz 2020 tarihinde yapılan değişiklikle içerik, erişim veya barındırma hizmeti sağlayıcıları tarafından zararlı içeriğin kaldırılmasına yönelik kararların verilmesine imkan tanıyacak şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Yetkililer, mevcut uygulamanın erişimin toptan engellenmesini önlemeyi amaçlayan "bildir ve kaldır" ilkesine dayandığını belirtmiştir. Bu kapsamda, zararlı içeriğin kaldırılması talebi, ilgili internet sitesinden sorumlu kişiye bildirilmekte; içeriğin kaldırılmaması halinde erişimin engellenmesi son çare olarak uygulanmaktadır. Yetkililere göre bu, geçici bir tedbirdir ve zararlı içerik kaldırıldığında erişim engeli kaldırılabilir. Ayrıca, yetkililer teknik imkansızlıklar hususundaki önceki beyanlarını tekrar ederek, yalnızca Türkiye'de değil, başka ülkelerde de "https" protokolü kullanan internet sitelerinde kısmi erişim engellemesinin teknik olarak mümkün olmadığını belirtmişlerdir.

Son olarak, yetkililer, 5651 sayılı Kanununun 8. maddesi kapsamında uygulanan erişim engelleme önlemlerinin %99,73'ünün çocuklara yönelik cinsel istismar, fuhuş, müstehcenlik, yasadışı bahis ve kumar suçlarına ilişkin yayınlara yönelik olduğunu kaydetmiştir. Bu tür içeriklerin yayınlanmasına izin verilmesinin, Sözleşme'nin ruhu ve ifade özgürlüğü ilkeleriyle bağdaşmadığı dile getirilmiştir.

Yetkililer ayrıca, bu alandaki diğer yasal düzenlemelere ilişkin bilgi de vermişlerdir. Özellikle 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi, 8. maddeden farklı olarak idareye bağımsız erişim engelleme tedbirleri uygulama yetkisi vermektedir. Bu madde uyarınca, "gecikmesinde sakınca bulunan haller" de idarece alınan tedbir kararları, sulh ceza hâkimliğinin onayına 24 saat içinde sunulmakta; aksi halde geçersiz hale gelmektedir.

### Yargı Uygulamaları

Yetkililer, çeşitli internet sitelerine erişimin engellenmesi talepleriyle ilgili sulh ceza mahkemelerinin son dönemdeki sekiz karar örneğini sunmuştur. Mahkemeler kararlarını verirken, erişimin kısıtlanmasının demokratik bir toplumda acil bir sosyal ihtiyaç ve gereklilik olduğunu gösteren yeterli delil ve gerekçe olup olmadığını esas olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi içtihatlarına atıfta bulunan bu mahkemeler, itiraz edilen içeriğin ifade özgürlüğü kapsamına girdiğine karar vermiştir. YouTube, Twitter, Facebook ve ulusal bir gazete sitesine erişimin kısıtlanması taleplerine ilişkin bu kararların üçünde, mahkemeler erişimin tamamen engellenmesinin son çare olarak istisnai bir adım olduğunu vurgulayarak engelleme taleplerini reddetmiştir. Yetkililer ayrıca, Twitter, YouTube ve Wikimedia'ya erişimin engellenmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına da atıfta bulunmuştur. 2019 yılında verilen son kararda, Anayasa Mahkemesi, ifade

özgürlüğüne orantısız bir müdahale olduğu gerekçesiyle, tüm siteye erişimin sürekli olarak engellenmesini eleştirmiştir.

### *Eğitim ve farkındalık artırma tedbirleri*

Yetkililer ayrıca, 2013 ile 2019 yılları arasında hâkim ve savcı adaylarına yönelik olarak ifade özgürlüğü ve insan hakları konularında eğitim ve farkındalık artırma faaliyetlerinin gerçekleştirildiğini belirtmiştir.

### *İfade Özgürlüğü Derneği (İFÖD) ve Madde 19 ile İnsan Hakları Derneği'nin 9(2) Kuralı kapsamındaki sunumu ( DH-DD(2021)144 )*

Sivil toplum kuruluşları (STK), 26 Ocak 2021 tarihli görüşlerinde, 5651 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin Mahkeme tarafından dile getirilen sorunları gidermediğini özellikle vurgulamışlardır. Özellikle, yasal çerçevenin öngörülebilir olmaktan uzak olduğunu ve ilgili taraflar açısından usule ilişkin güvenceler sağlamadığını ifade etmişlerdir. 5651 sayılı Kanun halen bir bütün olarak internet sitelerine erişimin engellenmesine izin vermekte olup, yapılan son değişikliklerle Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) Başkanının yetkilerinin kapsamı ve içeriği daha da genişletilmiştir.

Sivil toplum kuruluşları, resmi olmayan istatistiksel bilgilere atıfta bulunarak, sulh ceza hâkimlerinin Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını sistematik olarak göz ardı ettiğini savunmuşlardır. Nisan 2015 ile 2020 yılı sonu arasında sulh ceza hâkimlikleri tarafından 2174 ayrı web sitesi ve 3193 Twitter hesabına yönelik toplam 5900 ayrı erişim engelleme kararı verildiği iddia edilmiştir. Toplamda 408.494 alan adı ve internet sitesine erişimin engellendiği, bunlardan 366.210'unun halen erişime kapalı olduğu belirtilmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8.maddesi kapsamında yılda ortalama 6.200 erişim engelleme kararı verildiği, bunlardan 2019 yılında 690 kararın Anayasa mahkemesi içtihatlarına atıfla mahkemelerce alındığı belirtilmiştir. Sivil toplum kuruluşları ayrıca, belirli internet sitelerinin Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarına rağmen yıllarca erişime kapalı kaldığını ifade etmişlerdir.

Buna yanıt olarak, yetkililer önceki açıklamalarını yinelemiş ve son yasal değişikliklerin ve yerel mahkemelerin uygulamalarının öngörülebilirlik ve orantılılık gerekliliklerini karşıladığını, etkili yargısal denetim yollarının sağlandığını ve keyfi erişim engelleme kararlarının önlenmesine yönelik güvencelerin getirildiğini belirtmiştir. Ayrıca, STK'lar tarafından sağlanan istatistiksel bilgilerin resmi verilere dayanmadığını ve bu nedenle güvenilir kabul edilemeyeceğini vurgulamışlardır.

### **Sekreteryaya'nın analizi**

#### Bireysel önlemler

Komite, son kararında ek bireysel önlemlerin alınmasına artık gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Başvurucular tarafından Google Siteleri veya YouTube platformlarında oluşturulan ya da kullanılan içeriklere, üçüncü taraf internet sitelerinde yer alan sakıncalı içerikler nedeniyle gelecekte erişimin engellenmesi halinde, uygulanacak olsaydı bireysel tedbirler bu davalarda öngörülen genel tedbirlerle bağlantılı olacaktır.

#### Genel önlemler

5651 sayılı Kanunda, en son 2019 ve 2020 yıllarında olmak üzere çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Komite, bu değişikliklerin özellikle toplu erişimin engellenmesi kararları için yasal bir dayanak oluşturduğunu ve yer sağlayıcılarına zararlı içeriğin kaldırılmasına yönelik kararların verilmesine imkan tanıdığını kaydetmiştir. Bununla birlikte, Komite, söz konusu yasanın Mahkeme tarafından dile getirilen endişeleri hala tam olarak karşılamamasından dolayı derin bir üzüntü duymuştur.

Söz konusu yasa, ilgili içeriğe erişimin engellenmesinin *mümkün olmadığı* durumlarda, bir bütün olarak internet sitesine erişimin engellenmesine izin vermektedir; ancak bu önlemin *gereklilik* esasında bir *orantılılık* değerlendirmesine tabi tutulmasını öngörmemektedir. Sonuç olarak, bu kural, çocukların cinsel istismarı gibi suçlarla ilgili olsun veya örneğin mülkiyet hakkına yönelik ihlallerle ilgili olsun, tüm suçlara istisnasız olarak uygulanmaktadır. Orantılılık değerlendirmesinin bulunmaması, Mahkeme kararları verildiği dönemde zaten uygulanmakta olan "bildir ve kaldır" usulüyle de giderilememektedir. Ayrıca, mevzuatta *gereklilik şartının* yer almaması yerel hakimlerin orantılılık değerlendirmesi yapmasını zorunlu kılan açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle anlamlı bir yargı denetim imkanının halen bulunmadığı anlamına gelmektedir.

Mahkemenin, yetkilerin kapsamına ilişkin eleştirilerine rağmen, internet erişiminin engellenmesine ilişkin idari yetkilerin devam etmesi de ayrıca endişe vericidir. Bu yetkiler, suistimali önlemek için yeterli yargısal güvencelere bağlanmadan yürürlükte kalmıştır. Ayrıca, 5651 sayılı Kanun'un 8/A(4) maddesi, Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu (BTK) Başkanına, içeriğin veya yer sağlayıcının yurt dışında bulunması ya da içeriğin fuhuş, müstehcenlik veya kumar gibi bu madde kapsamındaki suçlardan birini oluşturması halinde,

bir bütün olarak internet sitesine erişimin resen ve derhal engellenmesi yönünde karar alma yetkisi vermektedir. Aynı şekilde, bağımsız erişim engelleme usullerini düzenleyen 8/A maddesi uyarınca da BTK Başkanının, yargısal denetime tabi olmaksızın internet sitelerine erişimi tamamen engelleme konusunda geniş yetkilere sahip olduğu görülmektedir.<sup>1</sup>

Yargısal uygulamaya ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi'nin 5651 sayılı Kanun'un yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin yaklaşımının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyumlu olması memnuniyetle karşılanmalıdır. Ancak, Anayasa Mahkemesi içtihadının tüm yerel mahkemeler tarafından benimsenmesinin son derece önemli olduğu vurgulanmalıdır. Bu bağlamda, STK'lar tarafından sağlanan bilgiler, Anayasa Mahkemesi içtihatlarına yapılan atıf sayısının azlığı nedeniyle endişe vericidir.

Yetkililer tarafından sağlanan, belirli internet sitelerine erişimin engellenmesine ilişkin taleplerin reddine dair sulh ceza hâkimliği karar örnekleri not edilmiştir. Ancak, istatistiksel verilerin bulunmaması nedeniyle genel eğilim hakkında bir sonuca varmak zordur. Komite, yetkililerden, son üç yıl içinde BTK Başkanı ve sulh ceza hâkimlikleri tarafından kaldırılan içeriklerin, erişimi engellenen URL adreslerinin ve internet sitelerinin toplam sayısına ilişkin bilgileri; mümkünse, bu işlemlerin 5651 sayılı Kanun'un hangi maddeleri kapsamında gerçekleştirildiğini ve gerekçelerini, ayrıca sulh ceza hâkimlikleri tarafından reddedilen erişim engelleme taleplerinin sayısını da içerecek şekilde sunmalarını talep edebilir.

Genel olarak, yasada bazı iyileşmeler gözlemlenmiş ve Anayasa Mahkemesi kararlarında, orantılılık değerlendirmesi yapılmasının önemine vurgu yapılarak bunun önemli bir güvence işlevi gördüğü belirtilmiş olsa da, temel sorun hala, hem yasağın kapsamı üzerinde sıkı denetim sağlayan hem de suistimalleri önlemek için gereklilik esasına dayalı etkili bir yargısal denetim öngören bir yasal çerçevenin bulunmamasıdır. Böyle bir çerçevenin halen mevcut olmaması ve BTK'nın kapsamlı yetkilerinin, özellikle 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi kapsamındaki diğer alanlarda daha da genişlemiş görünmesi endişe kaynağı olmaya devam etmektedir.

Bu nedenle, yukarıdakiler ışığında Komite, yetkilileri, özellikle Venedik Komisyonu'nun 5651 sayılı Kanun'a ilişkin Görüşü (CDL-AD(2016)011-e) dahil olmak üzere, Avrupa Konseyi'nin ilgili belgelerinden yararlanmaya bir kez daha şiddetle davet edebilir. Ayrıca, 5651 sayılı Kanunun Mahkeme tarafından dile getirilen endişelere tam olarak karşılık verebilmesini sağlamak amacıyla, ek yasal değişiklikler yapmaları yönünde teşvikte bulunabilir. Bu kapsamda, özellikle idarenin internet sitelerinin tamamına yönelik toptan erişim engelleme kararları uygulamasında suistimalleri önlemeye yönelik etkili güvencelerin getirilmesi ve bu tür kararların orantılılık değerlendirmesini içeren etkili bir yargısal denetime tabi tutulmasının temin edilmesi önem arz etmektedir.

Finansman sağlandı

<sup>1</sup> Bu prosedürün değiştirilmesine ilişkin Venedik Komisyonu'nun önerileri için bkz. 5651 sayılı Kanun Hakkında Görüş (CDL-AD(2016)011-e), §70.