

**5651 SAYILI KANUN’UN 9. MADDESİ VE
ERİŞİMİN ENGELLENMESİ:
KOYUN POSTUNDA KURT HÜKMÜ**
INTERNET BLOCKADE WITHIN
THE SCOPE OF THE 9TH ARTICLE OF LAW NUMBERED 5651:
WOLF PROVISION IN SHEEP’S CLOTHING

M. Süheyl KARAKAYA*

Pelle sub agnina latitat mens saepe lupina
(Koyun postunun altında kurt aklı yatar)

Özet: 2007 yılında çıkarılan 5651 sayılı Kanun kapsamında internette işlenen suçlara karşı mücadelede bir adım atılmış ancak yapılan düzenlemelerle tabiri caizse iki geri bir ileri gidilmiştir. Bu makalede ise biz, yalnızca 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesi kapsamında internetteki yayınlara erişimin engellenmesi rejimini, problemleri yanlarını inceledik.

Temel problemimiz bu kanunun ilgili maddesinin, birey-toplum hürriyetleri dengesinde birey lehine tanıdığı ölçsüz korumanın istismar ediliyor olmasıdır. Bugün kanunun ilgili maddesi, hemen her konuda başvurulabilen ve hızlıca karar aldırın bir “genel sansür” normuna dönüşmüştür. Bunun en büyük sebebi ise kanun koyucunun normun düzenlerken, medeni hukuka ait olması gereken bir kavramı ceza hukuku alanına ait tedbirlerle korumaya çalışmasından doğan karmaşadır.

Bu tespitlerimizin anlaşılabilir kılınması amacıyla 5651 sayılı Kanun’un kullandığı terminolojiyi açıkladıktan sonra, sırasıyla 9. maddedeki tedbirin değişiklikler öncesi halini ve mahiyetini ele aldık. Yargıtay’ın konu hakkındaki içtihatlarının seyrini analiz ettikten sonra, 9. maddenin ceza ve medeni hukuk alanlarının hangisinin içinde yer alması gerektiği ve hakimleri bu noktadaki durumunu inceleyerek çalışmamızı bitirdik.

Anahtar Kelimeler: 5651 sayılı Kanun, Erişimin Engellenmesi, Özel-Genel Hüküm, Kişilik Hakkı İhlalleri, Ceza ve Medeni Hukuk İlişkisi

Abstract: Key problem in this paper is the exploitation of protection of personality in Article 9 of Law numbered 5651, which at the same time violates the essence of balance between personal rights and freedom of others.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

Today, Article 9 of related Law, has turned into a general “clause of censor” which lets anyone to limit opinions in Internet quickly. Real reason of this chaos is the frustration of lawgiver in protection a concept of civil law with sanctions of criminal law.

To clarify our points, we started by explaining the key terms, followingly we analysed the character of the measure provided by Article 9 before and after the amendments. We finished the paper with the analysis of case law developed by Court of Cassation on this topic and by questioning which area of the law, this Article 9 ought to belong and what judges have to do with it.

Keywords: Law numbered 5651, Internet Blockade, Lex Specialis-Lex Generalis, Infringement of Personal Rights, Relation Between Criminal and Civil Law

1. Tanımlar

1.1 İnternet

1.1.1 Tarihi Esasları

Çağımız bilgiyi ana üretim kaynağı yapmış ve internetle her an her yere iletilmesini sağlamıştır. Bu nedenle çağımızın bilişim çağı olarak adlandırılması uygundur.¹ 1969 yılında ARPA öncelikle askeri, sonrasında akademik kullanım için ARPANET’i kurmuştur. İnternetin git-tikçe sivilleşen yapısı ile 1989’da dünyayı saran ağ demek olan “World Wide Web” diğer deyişle “www” geliştirilmiş ve ARPANET’in yerini almıştır. Ülkemizde ise ilk internet bağlantısı 1993 yılında ODTÜ ve TÜBİTAK iş birliğiyle Amerika ile yapılmıştır.²

Bugün internet hayatın her alanına nüfuz etmiştir. Canlılar arasında kurulan iletişim Web 2.0 ile çok farklı seviyelere taşınmıştır. Bir sonraki adım olarak IoT³ ile cansız varlıklarla da olan iletişimimiz de-

¹ Okan Tanşu, Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar, (Derleyen: Yeşim Atamer), İstanbul, 2004, s. 142.

² Sibel Özel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2004, s. 151; Mine Kaya, Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2015, s. 63-64. (Elektronik diye kısaltılacaktır.)

³ Nesnelerin İnterneti (Internet of Things): Nesnelerin kablosuz ağlar aracılığıyla birbirleriyle tamamen etkileşebilir hale gelmesine denir. <http://internetofthingsagenda.techtarget.com/definition/Internet-of-Things-IoT> (Son Erişim Tarihi: 16.05.2017)

ğışecektir.⁴ Artık internetin tarihinin insanlığın tarihinin seyrine büyük etkileri olacağını söyleyebiliriz

1.1.2 Teknik Esasları

İnternet dünyamızı değiştiriyor olmakla beraber, kendi kavramlarıyla da bir dünya oluşturmaktadır. Bu dünyaya nüfuz etmek için bazı teknik esasların açıklığa kavuşturulması gerekir. İnternetteki en önemli kavramlardan bir kaçını bir temsil üzerinden açıklamak gerekirse: Zimmerling'in⁵ internet/kitap kıyası genişleterek şöyle özetlenebilir : HTTP bir kitabın yazıldığı alfabeyi simgelediği kabul edilirse, web sitesi bir kitapken; web sayfası kitabın her bir sayfasını, içindekiler kısmı da sitenin anasayfasını ifade eder. TCP taşınması gereken bir sayfanın yeniden harflerine ayırıp paketlenmesinden, IP ise bu harflerin paketler halinde doğru adrese iletilmesinden sorumludur. URL adresi de o kitabın içinde bizi belli bir sayfaya götüren aracıyı simgeler.

1.1.3 Hukuki Esasları

Siber uzay yeni bir hukuk alanı mıdır? Bu soru makalenin kapsamına girmemektedir. Bununla birlikte internetin bir yerinin ve sahibinin olmaması onu farklı kılmaktadır. Her devletin kontrolü altında ancak hiçbir devlete ait olmayan bu yapının hukukiliği hala tartışılmaktadır.⁶

Ancak dünya devletlerinin bazıları interneti hala yeni bir araç olarak görmekte ve sadece kıyas sonucu kanunlar yaparak onu kısıtlamaya çalışmaktadır. Bununla birlikte özellikle internetin ulusal sınırları görünmez kılarak bilgi sistemlerini küreselleştirdiği unutulmaktadır.⁷ Böyle olunca bir ülkede meşru (*legal*) olabilen diğer ülkede gayrimeşru (*illegal*) olabilmektedir. Bu itibarla internetin adem-i merkeziliği (*decentralized*) ve hudutsuzluğu onun tek bir büyük yönetim kuruluşu

⁴ Gerrit Hornung/Ralf, Müller-Terpitz, Rechtshandbuch Social Media, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2015, s. 15.

⁵ Jürgen Zimmerling, Schutz vor Rechtsproblemen im Internet, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2001, s. 6 ve 8.

⁶ Tekin Memiş, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar , (Derleyen: Yeşim Atamer), İstanbul, 2004, s. 100-101. (Haksız Rekabet)

⁷ Yaman Akdeniz, İnternette Irkçılık, İstanbul, 2016, s. 21

altında kontrol edilmesini imkansız kıldığını söyleyebiliriz. Yine onun bu özelliği otoriter rejimlerde yöneticilerin, özgürlükçü rejimlerde ise aydınların halkın düşüncelerine yön vermesini güçleştirmektedir.⁸

Yine denebilir ki internet eski iletişim usullerine göre çok hızlıdır. İnternette yapılacak kişilik hakkı ihlallerinde kişinin çoğu kez nasıl bir ortamda olduğunun farkında olmadığı söylenebilir. Oluşturulmuş olan bu “sanal” (*virtual*) gerçeklik kişinin çoğu kez gerçek hayatın hukuki sınırlarından da uzak hissetmesini sağlamaktadır.⁹ Dolayısıyla klasik hukukî veya cezaî müeyyide teorisine alternatifler aranması yerinde olacaktır. Örneğin Fransa’da yürürlüğe giren “LCI”¹⁰ ile internette üç defadan fazla telif hakkını ihlal eden kişinin internet erişimi 1 yıl süreyle ve hakim kararıyla yasaklanabilmektedir.

Bununla birlikte genelde devletler internete karşı savunmacı bir yaklaşımı benimsemektedir. Amerika’da 2012 yılında yürürlüğe giren PIPA,¹¹ Aaron Swartz¹² gibi bir çok internet aktivistinin tepkisini çekmiş ve büyük protestolarla karşılanmıştır. Bizde de 2011 yılında BTK’nın hazırladığı özgürlükleri kısıtlayan kanun taslağına¹³ karşı yurt genelinde protestolar düzenlenmiştir. Denilebilir ki ülkeler inter-

⁸ Jürgen Habermas, ‘Towards a United States of Europe’, *sightandsight.com*, 2006, (Çevrimiçi): <http://www.signandsight.com/features/676.html> (30.01.2017’de erişildi); Akdeniz, s. 24; Lesley Hitchens, *Commercial Content and its Relationship to Media Content: Commodification and Trust*, Routledge Handbook of Media Law, Routledge, 2013, s. 90.

⁹ Özel, s. 21 ve 148.

¹⁰ Eski adı ile HADOPI, yeni adıyla İnternette Saydamlık ve Fikri Mülkiyeti Korumaya dair Kanun (Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet) Kademeli müeyyide anlayışının benimsendiği bu sistemde kullanıcı önce maille, ardından resmi tebligatla ve en son olarak internet kesintisi ile uyarılır. İnternet sağlayıcısının mahkeme kararı olmaksızın internet kesintisi yapmasını Fransız Anayasa Mahkemesi hukuka aykırı bulmuştur. Ayrıntılar için bak.: https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_favorisant_la_diffusion_et_la_protection_de_la_création_sur_internet (Son Erişim Tarihi: 31.01.2016)

¹¹ Fikrî Mülkiyet Hırsızlığı ve Ekonomik Yaratıcılığa Tehdit Eden Çevrimiçi Tehlikelerin Önlenmesinde dair Kanun (Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act)

¹² RSS 1.0’ın kodlanmasında, “Creative Commons” un geliştirilmesinde ve açık erişim konusunda çalışmalarıyla ünlü “hacktivist”. Açık erişim konusundaki fiillerinden dolayı Amerika’da yargılanmış ve odasında ölü bulunmuştur. 2012 yılında Tim Berners-Lee (www kurucusu) ve Vint Cerf (IP’nin kurucusu) ile birlikte “Internet Hall of Fame” listesinde dahil edilmiştir. Ayrıntılar için bkz: https://en.wikipedia.org/wiki/Aaron_Swartz ve <http://www.aaronsw.com/> (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

¹³ İnternetime Dokunma! eylemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: https://tr.wikipedia.org/wiki/İnternetime_Dokunma! (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

nete karşı ne kadar tutucu yaklaşırsa, internet kullanıcılarının tepkisi de o kadar kuvvetli olacaktır. İzlenecek yol dengeli uzlaşım dır.

1.2 Sosyal Medya

1.2.1 Tarihi Esasları

2016 yılı verilerine göre dünya genelinde yedi milyar nüfusa oranla: İnternet kullananlar %46, sosyal medya kullananlar %31, ve mobil uygulamalar aracılığıyla sosyal medya kullananlar %27'dir.¹⁴ Türkiye'de ise toplam nüfusa oranla 2016 verileri şöyledir: Aktif internet kullanıcıları %58,¹⁵ aktif sosyal medya kullanıcıları %53, mobil uygulamalar aracılığıyla sosyal medya kullananlar ise %46'dır.¹⁶

Ülkemizde ise sosyal medya kavramının kökenleri eskiye dayanmaktadır. 1999 yılında Sedat Özkapan tarafından kurulmuş ekşisöz-lük.com ve takip eden yıllarda incisöz-lük, uludağsöz-lük gibi sosyal medya ortamları bugün de popülerliklerini sürdürmektedirler.

1.2.2 Teknik Esasları

İnternet Web 1.0 zamanında çoğunlukla tekil katmanlı olarak işlemekteydi. Erken topluluklar çoğunlukla; e-mailler, forumlar veya haber grupları(newsgroups) ile kuruluyordu.¹⁷ Ancak bugün Web 2.0 düzeninde yani sosyal medya temelli iletişimde çok katmanlı hale gelmiştir.

Sosyal medyayı diğer internet sitelerinden ayıran en önemli özelliklerden bir diğeri de içeriğin kullanıcı kaynaklı olmasıdır.¹⁸ Web 2.0 öncesinde yalnızca tüketici (consumer) olan internet kullanıcısı yeni ortamda aynı zamanda üretici (producer) rolünü de üstlenip, üretici (prosumer) ye dönüşmektedir.¹⁹

¹⁴ <http://wearesocial.com/uk/special-reports/digital-in-2016> (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

¹⁵ <http://www.internetworldstats.com/europa2.htm#tr> (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

¹⁶ <http://www.smartinsights.com/social-media-marketing/social-media-strategy/new-global-social-media-research/> (Son erişim tarihi: 31.01.2016)

¹⁷ Andreas Splittgerber, (Tarafından düzenlenmiş), Praxishandbuch Rechtsfragen Social Media, 2014, De Gruyter Berlin, s. 1 ve 2; Hornung/Müller-Terpitz, s. 12; Kaya, 77.

¹⁸ Splittgerber/Diğerleri, s. 164; Kaya, s. 77 ve ilgili OECD raporu için bkz: s. 85.

¹⁹ van den Bulck, Hilde, Routledge Media Law, s. 18; Splittgerber/Diğerleri, s. 4; Kaya, s. 78.

1.2.3 Hukuki Esasları

Sosyal medyada hukuk, hayatın her alanında olduğu gibi kontrol edilir. Bununla birlikte görünüş şekilleri farklılık arz edebilmektedir. Öyle ki kişiler iradelerini de farklı şekilde yansıtır. Mesela usûlüne uygun yapılmış bir icaba tıklama yoluyla kabul beyanını iletmek mümkündür.²⁰ Yine bir siteye üye olmak, kullanıcı sözleşmesi altında düzenlenmiş genel işlem şartlarını kabul etmek mânasına gelebilir.²¹ Yine birine yapılmış bir hakareti “tekrardan paylaşmak” (mesela *retweet* etmek) kişisel haklara tecavüz teşkil edebilir.²² Görüldüğü gibi sözleşmeler hukukundan tutun da, kişiler hukuku sahasına kadar her türlü ihtilafın çıkabileceği bu alan gittikçe kendine özgü problemler ortaya çıkarmaktadır. Bu alana tatbik edilecek hukukun ilerde daha farklı bir hukuk olarak telakki edilmesi öngörülebilir bir sonuçtur.

1.3 Erişim Engellenmesinde Aktörler

5651 sayılı Kanun'un birinci maddesinde internetin çeşitli aktörleri tanımlanmıştır. Kanunun genel işleyişinin anlaşılabilmesi için bu kavramların tanımlarının incelenmesi gerekir. Bu minvalde; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve hizmet sağlayıcının ne ifade ettiğini kısaca inceleyeceğiz.

1.3.1 İçerik Sağlayıcı

1.3.1.1 Tanımı

Kanuni lafza göre içerik sağlayıcı: “İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder. Bilgi veya veri üretmek; internete bir yazı, fotoğraf, video yüklediği her durumda söz konusu olabilir. İçerik sağlayıcılar internet ortamında kullanıma sunduğu her şeyden kural olarak sorumludur. Bu açıdan bakınca internete bir şey

²⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.B, Ankara, 2011, s. 71. (Borçlar olarak anılacaktır)

²¹ Kılıçoğlu, (Borçlar) s.118.

²² “Sanığın, twitter adlı sosyal paylaşım sitesinde diğer sanık tarafından paylaşılan tweeti retweetlediğinin, kendi ikrarı ile de sabit olması karşısında, kamu görevlisine görevinden dolayı zincirleme şekilde hakaret suçunun unsurları itibarıyla oluştuğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi...” Yargıtay 18. CD., E. 2015/10377, K. 2015/12777, T.07.12.2015 (emsal.yargitay.gov.tr)

yükleyen, kanaat bildiren herkes ilgili kanuna göre içerik sağlayıcı olabilir. Ancak kanun koyucunun iradesinin bu olup olmadığı şüphelidir. Biz, kavramın bu kadar geniş yorumlanmaması gerektiğini düşünüyoruz.

1.3.1.2 Yükümlülükleri

Örnek kabilinden olmak üzere içerik sağlayıcı: Kanun'un 4/3. maddesine göre BTK'nın bildirdiği tedbirleri almakla, yine Kanun'un 3/1. maddesinde ise tanıtıcı bilgilerini kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüklerin bir sosyal medya sitesinde ad yerine mahlas isimler kullanmakla ihlal edildiğini söylemek pek güçtür. Öğretide bu yükümlülüklerin yalnızca ticari içerik sağlayıcıları için getirildiği savunulmuştur²³. Maddenin lafzının bu yorumu mantıklıdır. Ancak kanunun, sıradan bir habere yorum yazan kullanıcı ile bir haber sitesi sahibinin sorumluluğunu aynı yerde düzenlemesi, hukuk tekniği açısından sorunludur.²⁴

1.3.1.3 Sorumluluğu

İçerik sağlayıcı başkasına ait içeriği de paylaşabilir. Bunu iki şekilde anlamak gerekir. Eğer kişi, başkasına ait bir veriyi, internete ilk defa kendisi yüklüyorsa bu durumda sorumluluğu devam etmektedir. Ancak daha önce paylaşılmış bir içeriğe bağlantı vermesinde kural olarak sorumluluğu yoktur.²⁵ Özellikle sosyal medyada yapılan paylaşımlar ve "retweet"ler bu bağlamda değerlendirilmelidir.²⁶ Bununla birlikte Kanun'un 4. maddesine göre sunuş biçiminden bağlantı sağladığı içeriği benimsediği veya kullanıcılara ulaştırmaya çalıştığı anlaşılıyorsa ge-

²³ Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, İstanbul, 4. Baskı, 2014, s. 776; Kaya, s. 237.

²⁴ Zorlu, Süheyl, İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010, s. 36. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

²⁵ Özellikle bloglarda kullanılan RSS yani içeriğin abonelik yoluyla otomatik olarak dağıtıldığı sistemde benimseme ve kullanıcılara ulaştırma kastı kural olarak yoktur. Yalnızca teknik bağlantı vermenin sonuç doğurmayacağını destekler yönde bkz: Kaya, (Elektronik) s. 241. Aksi yönde: Kaya, Mehmet Bedii, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Erişimin Engellenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.136 (Erişim diye kısaltılacaktır.) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>); Dülger, 780.

²⁶ Kaya, (Elektronik), s. 187.

nel hükümlere göre sorumluluğu devam eder.²⁷ Genel hükümlere göre sorumluluktan ne anlaşılması gerektiği ise henüz tartışmalıdır.²⁸ Mahkemelerin içtihatları ile sorun somut düzlemde incelenebilecektir.²⁹

1.3.2 Yer Sağlayıcı

1.3.2.1 Tanımı

Web sayfalarına başka kişilerce hızlı bir şekilde ulaşılmasını ve verilerin depolanmasını temin amacıyla hizmet veren kişiler "hosting" yani barındırma (yer sağlama) işlemi yapmaktadırlar.³⁰ Yer sağlayıcıların tek başlarına internete erişim imkanları yoktur, onlar da erişim sağlayıcılar aracılığıyla sunma işlemi gerçekleştirirler.³¹ 5651 sayılı Kanun'da ise yer sağlayıcı: "Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Kişiler kendi web sitelerini kendi kurdukları web sunucuları üzerinden de paylaşabilirler. Çok maliyetli olan bu durumda dahi, yer sağlayıcılığı faaliyet belgesi almak gerekmektedir. Bu sayede, internette kilit rol oynayan yer sağlayıcıları bulmak ve onlara ulaşmak kolaylaşmıştır. Bugün BTK'nın sitesinde yer sağlayıcıların adres ve isimleri yer aldığı gibi, 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına göre de bu kişiler isim ve adreslerini internet sitesinde açıkça göstermek zorundadırlar.

²⁷ Bir bilgi kamuoyuna mal olmuşsa ilk defa duyuran haricindeki kaynaklar sorumlu olmaması gerektiğine dair eleştiri için: Koç, Serhat, Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 147. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

²⁸ Bir görüş bunun hem hukuki hem cezai sorumluluk olduğunu savunmaktadır. bkz: Volkan Sırabası, İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2007. (Aktaran Zorlu, s. 36); aynı yönde Kaya, (Elektronik) s. 247-248. Diğer bir görüş cezai sorumlulukta iştirak şartlarının buraya uygulanmayacağını bunun ancak bir hukuki sorumluluk olduğunu savunmaktadır: Kaya, (Erişim), s. 136.

²⁹ Haber sitesinin okuyucu yorumları kısmında kendisine hakaret edildiği için sitenin imtiyazlı sahibine dava açılmıştır. Mahkeme, imtiyazlı sahibin 5651 sayılı Kanun'da sorumluluğu olan kişilerden olmadığından bahisle tazminat talebini reddetmiştir. Yargıtay tarafından sorumluluğun "ilgili yerlere" sorulduktan sonra belirlenmesi gerektiği için verdiği bozma kararı için : Yargıtay 4. HD., E. 2013/15828 K. 2014/9951 T. 16.06.2014 (Lexpera)

³⁰ https://tr.wikipedia.org/wiki/Bar%C4%B1nd%C4%B1rma_hizmeti (Son erişim tarihi 17.04.2017)

³¹ Muharrem Özen, İhsan Baştürk. Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim İnternet ve Ceza Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011 s. 79 (Nakleden: Esra Peker Demir, İnternet Aracılığıyla Kişilik Haklarına Saldırı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s. 56. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>))

1.3.2.2 Yükümlülükleri

Yer sağlayıcının en önemli işlevi depolanan verilere ulaşım hızını arttırmasıdır.³² Dolayısıyla yüzlerce müşterisinin binlerce içeriğini depolayan kişinin sorumluluğu, bu minvalde değerlendirilmelidir.³³ Nitekim 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesi yer sağlayıcının yer sağladığı içeriği kontrol etme yükümlülüğü olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte aynı yerde, yer sağlayıcıların BTK'nın istediği bilgileri vermek ve gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır.

1.3.2.3 Sorumluluğu

Esas problem ihlallerin gerçekleştiği web sayfalarının (çoğu sosyal medya sitesinin) yurt dışından barındırma hizmeti aldıkları durumda söz konusu olur. Çünkü bu durumda, yabancı "hosting" şirketleri ne iç mevzuattaki yükümlülüklerle ne de iç mevzuatın suç/hukuka aykırılık tanımlarına bağlı değildirler. Uluslararası anlaşmalarla etkin suçla mücadelenin sağlanması etkili ancak, meşakkatli bir yoldur. O yüzden kanun koyucu, mücadelede esas görevi erişimin engellenmesi tedbirine ve dolayısıyla özel hukuk kişileri olan erişim sağlayıcılarının omuzlarına yüklemiştir.³⁴ Bu durum öğretilerde eleştirilmekte, özellikle ünlü sosyal medya sitelerinin kanunun tanımladığı şekilde içerik, yer veya erişim sağlayıcı olmadıkları belirtilmektedir. Kanun'da bu tür "ortam" sağlayıcılarının sorumluluğunun ayrıca düzenlenmesi acil bir ihtiyaçtır.³⁵

1.3.3 Erişim Sağlayıcı

1.3.3.1 Tanımı

Kullanıcıların bir barındırma hizmeti aracılığı ile yahut kendilerinin internete erişimlerini sağlayan kişi erişim sağlayıcısıdır. Erişim sağlayıcısı işlevi itibariyle telefon servis sağlayıcılarına benzemektedir. Genel olarak bu hizmeti verenlere İnternet Servis Sağlayıcısı (İnternet

³² Zorlu, s. 35.

³³ Düzenlemenin Avrupa Birliği e-Ticaret Direktif'ine uygun olduğuna dair: Dülger, s. 782.

³⁴ Kaya, Mehmet Bedii, "The regulation of Internet intermediaries under Turkish law: Is there a delicate balance between rights and obligations?", *Computer Law&Security Review* (32), 2016, s. 768-769. (Çevrimiçi: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/02673649>) (Son Erişim Tarihi: 17.04.2017)

³⁵ Koç, s. 64.

Service Provider) dense de bu geniş bir terimdir ve mevzuatımızda yalnızca erişim hizmeti veren internet servis sağlayıcısına erişim sağlayıcı denmiştir.³⁶

5651 sayılı Kanun ise erişim sağlayıcıyı: "Kullanıcılarına internete erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek ve tüzel kişi" diye tanımlamıştır. Kanun gerçek kişi dese de, Faaliyet Belgesi Yönetmeliği'nin³⁷ 4. maddesi erişim sağlayıcının yalnızca sermaye şirketi olabileceğini belirtmektedir. Yönetmeliğin 7.maddesinde belirtilen esaslara göre erişim sağlayıcıların listesini BTK güncel olarak ilan eder. BTK'nun sitesinde şu anlık sadece yer sağlayıcılar yayınlanmakta, erişim sağlayıcılara ise <http://yetkilendirme.btk.gov.tr> aracılığıyla internet servis sağlayıcısı adı altında ulaşılabilmektedir.

1.3.3.2 Yükümlülükleri

Erişim sağlayıcılarına getirilmiş temel yükümlülükler 5651 sayılı Kanun'un yanında İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Buna göre ilgili yönetmeliğin 8. maddesine göre BTK bildirimlerinde ve ESB tüzüğüne göre bildirimlerde erişim engellemekle yükümlüdür. Yine mevzuatla kendine verilen görevleri yerine getirmek için 1 yıl boyunca trafik verilerini saklamak zorundadır.

1.3.3.3 Sorumluluğu

Erişim sağlayıcı içeriği kontrol etmekle yükümlü değildir.³⁸ Erişim sağlayıcı, 5651 sayılı Kanun'un 8, 9 ve 9/A maddelerine göre verilen erişim engellenmesi kararını, süresinde veya hiç yerine getirmese para ceza ile karşılaşır. Kendisine bildirim yapıldığı tarihten itibaren içeriği kaldırmaz ve diğer gerekli şartlar da sağlanırsa haksız fiil sorumluluğu da saklıdır.

³⁶ Peker Demir, s. 47.

³⁷ Tam adı: Telekomünikasyon Kurumu Tarafında Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik. 24.10.2007 tarih, 26680 sayılı R.G.

³⁸ Davalının "bosch" markası adına daha önce tescil edilmiş bir internet sitesini benzer bir adla satmak için alan adı olarak tahsis edilmesinde ilgili adrese erişim sağlayan erişim sağlayıcının sorumlu olmayacağı yönünde: Yargıtay 11. HD., E. 2013/11855 K. 2014/1986 T. 5.2.2014 (Kazancı İçtihat Bankası)

1.3.4 Erişim Sağlayıcıları Birliği

1.3.4.1 Tanımı

Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB) 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesiyle birlikte kurulmuştur. ESB bir özel hukuk tüzel kişisidir, bununla birlikte birliğe üye olmak zorunludur ve üye olmayan erişim sağlayıcılar faaliyet verememektedir. Birliğin tüzüğü de Kurum incelemesinden geçerek yayınlanmıştır.³⁹ Bu düzenlemenin erişim sağlayıcıların mahkeme kararlarını daha etkili bir şekilde uygulaması için getirilmiş olduğu anlaşılrsa da, çeşitli itirazlarla karşılanmıştır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 2016 yılında gördüğü davada⁴⁰ ESB'ye üye olma zorunluluğunun Anayasa'da düzenlenen dernek kurma hürriyetine, çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise böyle bir zorunluluk getirilmediği takdirde erişim engellenmesi kararlarının etkin şekilde gerçekleşmeyeceği, ayrıca "Birliğin yapısı, işleyişi ve kurulması ile ilgili olarak getirilen kurallar belirli ve öngörülebilir" olduğu kanaatine varmıştır.

1.3.4.2 Yükümlülükleri

6/A maddesinin gerekçesine ve ESB tüzüğüne göre düzenlemenin amacı 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi haricindeki erişim engellenmesi kararlarının etkin şekilde yerine getirilmesini sağlamaktır.⁴¹ Özellikle 5651 sayılı Kanun'un 9 ve 8/A maddelerinde erişim engellenmesi kararları direk ESB'ye gönderilmektedir. Birlik aynı zamanda hükümsüz kalan erişim engelleri kararlarını da kaldırmakla da mükelleftir. Diğer bazı görevler de ESB tüzüğü'nün beşinci maddesinde düzenlenmiştir.

³⁹ <https://www.esb.org.tr/sites/default/files/tuzuk.pdf>

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 08.12.2015 tarih, ve E. 2014/87, K. 2015/112 sayılı Karar (5651/9 Kararı), RG., 28/1/2016, Sayı: 29607. (çevrimiçi) Karara ulaşmak için: <http://www.anayasa.gov.tr>

⁴¹ İnternette erişim engeli yalnızca 5651 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8/5-k maddesindeki gibi bazı özel kanunlarda 5651 sayılı Kanun'a atıf yapılarak; Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun gibi bazı özel kanunlarda ise 5651 sayılı Kanun'a atıf yapılmadan, özel bir şekilde erişim engeli düzenlenmiş bulunabilmektedir. Kaya, (Elektronik), s. 212; Özen/Baştürk, s. 202-203. Öte yandan, TMK gibi genel kanunlara göre de verilen ihtiyati tedbir şeklindeki erişim engelleri tedbirlerinin de infazını ESB tüzüğü 5.maddeye göre yine ESB gerçekleştirecektir. Aksi yönde bkz: Kaya, (Elektronik), s. 374.

1.3.4.3 Sorumluluğu

Her şeyden önce Erişim Sağlayıcıları Birliği erişimleri bizzat engellemekle değil, üyelerinin bu işlemleri gerçekleştirmelerini teminle yükümlüdür. Bu minvalde, Kanun'un 6/A maddesinin yedinci fıkrası uyarınca ESB'ye yapılmış tebligatlar erişim sağlayıcıya yapılmış sayılacaktır. Dolayısıyla ESB'nin sorumluluğu ancak kendine gönderilen mahkeme kararını erişim sağlayıcılara bildirmediği durumda söz konusu olabilir.

1.4 Kişilik Hakları

Kişilik hakları aşağıda kişi ve kişilik kavramları kapsamında tanımlanmaya çalışılacaktır. Bir sonraki başlık ise ceza hukuku ve kişilik hakkı arasındaki ilişki ve farkı inceleyecektir.

1.4.1 Kişi ve Kişilik Kavramları

Manevi ve fizikî değerlere sahip olabilen canlıya insan deriz. Kişi ise hukuk düzleminde hak ehliyetine sahip kişiyi ifade eder. Gerçek ve tüzel kişiler çeşitli ölçülerde bu değerlere sahip olurlar (MK 28). Bazı yazarlar hukukî manada kişiliği dar anlamda almakta ve onun hak ehliyetine eşdeğer olduğunu söylemektedir.⁴² Bazı yazarlar ise, «kişilik» in kişiden farklı olarak daha geniş bir mefhumu ifade ettiğini, hak ve fiil ehliyetinin bu mefhumun birer parçası olduğunu ifade eder.⁴³ Katıldığımız bu görüşe göre, kişilik hakları da kişiliğin içinde kalan ve hukuken korunmaya değer bulunan haklardır.⁴⁴

1.4.2 Kişilik Haklarının Nitelikleri

Kişilik hakları sınırlı şekilde sayılmak yoluna gidilmemiş, kanun-koyucu tarafından dinamikliği sağlamak üzere hakime bir “çerçeve

⁴² Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 4.B, İstanbul, 1995, s. 254. Bu görüşlerin hukuku şahsiyetsizleştirdiğine dair eleştiri için bkz: August Egger / Çeviren: Volf Çernis., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku-Gerçek Kişiler, Ankara, 1948, s. 152)

⁴³ M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 10. B, İstanbul, 2010, s. 2; Jale G. Akipek./Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, Kişiler Hukuku, 7.B, İstanbul, 2009, s. 234.

⁴⁴ Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 11. B, İstanbul, 2011, s. 9; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, 4.B, İstanbul, 2012, s. 22; Egger s. 202'de tek bir şahsiyet hakkı vardır derken “kişilik”i kastetmektedir”

hüküm" verilmiştir.⁴⁵ Bununla beraber kişilik hakkı mutlak bir haktır. Dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilirler.⁴⁶ Kişilik hakkı aynı zamanda münhasırdır yani başkasına devredilemez, ancak kullanımın bırakılması mümkündür.⁴⁷ Yine kişilik hakkı şahısvarlığı değerlerindedir, ancak ihlal edilmesi malvarlığı yönünden sonuç doğurabilir ve tazmin borcuna konu olabilir.

1.4.3 Kişilik Hakkı İhlalleri ve Ceza Hukuku

Ceza hukuku da kişilik ile ilgilenmektedir. Buna göre, devlet kişiye kişiliğini istediği gibi geliştirebileceği ortamı sağlamaya çalışmakla yükümlüdür.⁴⁸ Dolayısıyla ceza hukuku, medeni hukukun aksine, kişiliğin bazı veçhelerine net bir hukuki değer atfeder bazılarını ise dışlar.⁴⁹ Suçta ve cezada kânunilik ilkesi gereğince seçilen bu hukuki değerler yazılı davranış normlarıyla desteklenir.⁵⁰ Bu davranış normlarına aykırı davranışlar, medeni hukukun aksine, karşı tarafa zarar verdikleri için değil, o ideal hükmü tanımadıklarını dışavurdukları için cezalandırılırlar.⁵¹

Dolayısıyla suç tipiyle kesişen kişilik haklarını korumak ceza hukukun da görevidir. Bu koruma mekanizmaları internette kendini en çok erişim engeli olarak göstermektedir. İnternet bir özgürlük rejimi ortamıdır. Bu özgürlüğün sınırsız olduğu manasına gelmez. Ancak, kişinin hakim elinde "açık bono"⁵² olan bir kişilik hakkını ihlal yüzünden "cezai" karakterdeki bir tedbirle paylaştığı veriye erişim engellenmesi de ölçüsüzüdür. İnternette kendini gerçekleştiren kişi kendini "mayın tarlasında" hissetmemelidir. Bu tarz düzenlemelerin sakıncaları ilerleyen bölümlerde inceleyeceğiz.⁵³

⁴⁵ Egger, s. 270; Kılıçoğlu, Ahmet M., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuki Sorumluluk, 4.B, Ankara, 2013, (Basın diye kısaltılacaktır), s. 4.

⁴⁶ Kılıçoğlu, (Basın) s. 8; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 142; Dural/Öğüz, s. 97.

⁴⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 142, Dural/Öğüz, s. 97.

⁴⁸ 1982 Anayasa'sının 5. maddesi şöyledir: "Devletin temel amaç ve görevleri ... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

⁴⁹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 9.B, Ankara, 2013, s. 34.

⁵⁰ Özgenç, s. 109.

⁵¹ Özgenç, s. 157; Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, 6.B, 2013, s. 30.

⁵² Kılıçoğlu, (Basın), s. 4.

⁵³ Egger, s. 295'te konuyu veciz şekilde aktarmaktadır : "Şahsi varlıkların hudutsuz

2. Kişilik Hakkı İhlalleri ve Korunma Yolları

Bu bölümde, ilk önce kişilik haklarının korunması için 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında getirilen düzenlemeler incelenecektir. Ardından kişilik haklarının korunmasında çerçeve genişletilecek ve Medeni Kanun ile 5651 sayılı Kanun arasında internette gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerindeki özel-genel kanun ilişkisi ele alınacaktır. Nihayet, internette gerçekleşen kişilik hakkı ihlalinin aynı zamanda bir suç teşkil ettiği durumda, ceza ve hukuk hakiminin birbirlerinin kararları ile olan bağılılığı ele alınacaktır.

2.1 5651 sayılı Kanun Kapsamında

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi bu bölüm altında ayrıntılı incelenecektir. Öncelikle ilgili maddede zaman içinde yapılan değişiklikler ele alınacaktır. Sonrasında "araf" ta düzenlenmiş bir hüküm olan 9. maddede öngörülen yaptırımlar ihtiyati tedbir ve koruma tedbiriyle kıyas edilerek mahiyeti tespit edilmeye çalışılacaktır.

2.1.1 Kanunun 9.Maddesi Değişiklikleri

9. madde metni 2016 yılında AYM'nin bir kararı⁵⁴ ile değişmiştir.⁵⁵ Ancak esaslı bir değişiklik 2014'te gerçekleşmiştir. 2014'ten önce maddenin başlığı içeriğin yayından kaldırılması ve cevap hakkını taşıyordu. Önemli bazı değişikliklerin başlıklarını zikretmek gerekirse: 1) Cevap hakkı kaldırılmıştır. 2) Doğrudan sulh ceza hakimine başvuru imkanı getirilmiştir. 3) Erişim engeli imkanı açıkça tanınmıştır.

Erişim engeli değişikliği incelendiğinde, maddenin önceki metninde içeriğin kaldırılmasından bahsedildiği görülecektir. Yeni dü-

himâyesi, şahsi hürriyetlerin ölümü olurdu. Bu takdirde himâye bizzat şahsiyete cephe almış bulunurdu."

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 08.12.2015 tarih, ve E. 2014/87, K. 2015/112 sayılı Karar (5651/9 Kararı), RG., 28/1/2016, Sayı: 29607. (çevrimiçi) Karara ulaşmak için: <http://www.anayasa.gov.tr>

⁵⁵ AYM'nin kanunilik şartını sağlamadığını ifade ederek iptal ettiği husus, hakim in kişilik haklarının ihlal ettiği gerekçesiyle yayına erişim engeli verdikten sonra "aynı mahiyetteki yayınların" ESB tarafından hakim kararı olmaksızın engellenbilmesiydi. İlgili kararın 120. paragrafı aynen şöyledir: "Kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği ayrıntılı inceleme gerektirmektedir. Bu durumda, tarafların; siyasi, ekonomik, toplumsal konumları ve ifade özgürlüğünün sınırları tetkik edilmelidir." Mahkemenin, hakim in bu ağır görevi 24 saat içinde nasıl yerine getirebileceğini tartışmamış olması gariptir. Bununla birlikte ESB'nin, hakim gibi, bu mahiyet değerlendirmesini yapmasının uygun olmayacağını tespiti yerindedir.

zenlemeye göre verilen erişim engelleme kararları, Erişim Sağlayıcılar Birliği'ne gönderilir ve Birlik erişim sağlayıcısı ile iletişime geçip engellemeyi sağlar. (5651/md. 9/5) Bunu yerine getirmeyen erişim sağlayıcıları ise cezai müeyyide ile karşılaşırlar. (5651/md. 9/10)

Yeni düzenlemenin dördüncü fıkrasında engellemede esas olanın yalnızca kişinin hakkının ihlal edildiği ilgili yer, link, URL vs. olduğu belirtilmiştir. (5651/md. 9/4) Hakim istisnai olarak tüm sayfaya erişimi engellemesi için: 1) Bu zorunlu olmalı 2) Kısmi engellemeyle ihlal giderilemeyecek olmalı ve 3) İlk iki şartın oluştuğuna dair gerekçeyi açıklamalıdır.⁵⁶

2.1.2 5651 9. madde Tedbirinin Mahiyeti

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde getirilen mekanizmaya göre kişi sulh ceza hakiminden ilgili sayfaya erişimi engelledikten sonra ona başka herhangi bir yükümlülük yüklenmiş değildir. Talep sonrasında kişi, ne yetkili makamlara şikayette bulunmak, ne de hukuk mahkemesinde dava açmak zorundadır.

Şüphesiz kendisine yaptırım uygulanan kişi 5651 sayılı Kanun madde 9 fıkrası 6'ya göre CMK sistemine göre itirazda bulunabilecektir. Ancak itiraz sürecinden olumlu sonuç alamazsa, alınan tedbir kesinleşecek dolayısıyla site/içerik erişime "kalıcı" olarak engellenmiş olacaktır. Bu durumda hukukun her türlü alanına ait olan tedbirlerin ana fikri olan "geçicilik"⁵⁷ ihlal edilmiş olacaktır. Kişi burada bir tedbir kararıyla sonuca erişmektedir. Burada hakkın sınırlaması hakim kararıyla gerçekleşmekte ancak gerçekte daha güvenceli bir sonuç sağlamamaktadır.⁵⁸

⁵⁶ Tüm sayfaya erişim engellenmesi çoğu defa teknolojik imkansızlıklardan kaynaklanmaktadır. Birçok örnekte yurt dışı kaynaklı siteler mahkeme uyarılarına rağmen URL bazlı içerikleri çıkarmamakta mahkeme de URL'ye ulaşamadığından tüm siteye erişim engel kararı vermek zorunda kalmaktadır. Bu konuda hükümetin açıklamaları için: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, 01.12.2015. par. 12. Kararın Türkçe tercümesi için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-167696> (çevrimiçi)

⁵⁷ Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul, 2015, s. 506; Abdürrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4.B, İstanbul, 2014, s. 685.

⁵⁸ Kemal Gözler, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan (*Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, Aralık 2014), İstanbul, Legal, 2014, Cilt I, s. 1065.

Bu tedbire karşı ne yapılabileceği, bu tedbirin nasıl Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine uyumlu hale getirileceği önemli problemlerdir. Bu problemlerin çözümü bu tedbirin hukukî mâhiyetini tespitten geçmektedir. Dolayısıyla, aşağıda çeşitli hukuk alanlarının tedbir türleri ile 5651 sayılı Kanun'un 9. madde tedbiri karşılaştırılacaktır.

2.1.2.1 İhtiyati Tedbir Kıyası

İhtiyati tedbir, kişinin dava sonunda ulaşmayı umduğu hukuki durumun dava öncesinde yahut esnasında koruma altına alınmasıdır.⁵⁹ Mahkeme böyle bir koruma sağlamazsa, hakkın elde edilmesi önemli ölçüde zorlaşmalı yahut imkansız hâle gelmelidir. Ayrıca, gecikme sebebiyle ciddi bir zarar doğacaksa da yine ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Özellikle son şart internet ortamındaki hak ihlallerinde çoğunlukla gerçekleşmektedir.

Mahkemeler 5651 sayılı Kanun öncesinde ihtiyati tedbir yöntemiyle erişimin engellenmesine karar vermekteydi.⁶⁰ Bugün de, 5651 sayılı Kanun kapsamına girmeyen hususlarda ihtiyati tedbirle aynı sonuca ulaşılabilmektedir.⁶¹ Bu açıdan mahkemelerin verdiği ihtiyati tedbir kararları klasik teminat amacını değil edâ amacını güderler.⁶²

İhlale müdahale ne kadar gecikirse, ihlal o kadar yayılma imkanı bulmaktadır. Kanun bunu öngörmüş ve dolayısıyla ihtiyati tedbir kararı için yaklaşık ispatı yeterli görmüştür. Yaklaşık ispat, ispat kurallarının göz ardı edilmesini ifade etmez,⁶³ aksine hâkime durumun aciliyeti ile tedbirin şiddeti arasında denge kurmasına yardım eder. Öyle ki, hakim aciliyet ağır bastığında⁶⁴ karşı tarafı dinlemeden karar verebileceği gibi (HMK m. 390/2); tedbirin şiddeti ağır bastığında tedbir isteyen kişinin teminat yatırmasını (HMK m. 392) gerektiğinde

⁵⁹ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, 14.B, Ankara, 2013, s. 1009; Kuru, s. 498.

⁶⁰ Dülger, s. 761; Ne var ki bu imkan biraz gecikmeli olarak açıklığa kavuşmuştur: Yargıtay'ın 2001 yılında "haberinin internetteki yayınının durdurulması" talebini "yasal düzenleme" bulunmadığı gerekçesiyle reddetmesi uygulamada da duraksamaya sebep olmuş, doktrinde de eleştirilmiştir. Kayıhan İçel; Yener Ünver, Kitle İletişim Hukuku, Yeniden İncelenmiş 9.B, İstanbul, 2012, s. 458.

⁶¹ İçel/Ünver, s. 458.

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 1019; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukuku Esasları, 2.B, İstanbul, 2001, s. 399.

⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 1026; Karşı, s. 676.

⁶⁴ Alangoya, s. 404; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 1026.

duruşma yapılmasını⁶⁵ isteyebilecektir. Oysa 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre sulh ceza hâkimi bu değerlendirme imkânlarından yoksundur.

Bir kere, yalnızca yirmi dört saat içinde ve duruşmasız şekilde karar verir. Yani durumun âciliyetini, Kanun "kendiliğinden" varsaymıştır. Yine talep sahibinden herhangi bir teminat istenmesi de söz konusu değildir. Kişinin kendine karşı işlenen bir suça karşı himaye isterken teminat yatırmasını beklemek yersiz olur. Fakat "kişilik hakkı ihlali" ibaresinin, uygulamada ve öğretide medeni hukuk kriterlerine göre anlaşılması gerektiğini savunan görüşler vardır.⁶⁶ Dolayısıyla, medeni hukuka göre ihlalin tespit edildiği ihtimalde, yüksek ziyaretçili bir siteye erişimin engellendiği durumda, sitenin zararının giderilebilmesi için bir teminat mekanizması getirilmesi elzemdir. Yine hüküm medeni hukuk sahasına uygun düzenlendiği halde, kişinin haksız ihtiyati tedbirden dolayı tazminat açma hakkı da saklı olacaktır.⁶⁷ Bizim iddia ettiğimiz gibi, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesini bugün için cezaî bir hüküm olarak ele alındığında ne teminat, ne de koruma tedbirlerinden doğan tazminat sorumluluğu ile sitenin doğacak zararı giderilememektedir. Çünkü koruma tedbirlerinden doğan tazminat CMK m. 141'e göre sadece bir kaç koruma tedbirinin haksızlığına (yakalama, gözaltı, tutuklama, arama) hasredilmiştir. Bunların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.⁶⁸ 5651 sayılı Kanun uygulamasında kişiler devlet cebrinden yararlanmakta ve doğan zararlar için yine devletin arkasına saklanmaktadır.

Yine HMK m. 397'de tedbiri tamamlayıcı işlemler öngörülmüştür. Buna göre dava açılmadan önce tedbir alan kişi, bu kararın uygulanmasını talep ettiği günden itibaren 14 gün içinde esas hakkında dava açmak zorundadır. (HMK m. 397/1) Aksi halde tedbir, geçiciliğin bir sonucu olarak, kendiliğinden kalkar.⁶⁹ 5651 sayılı Kanun'da ise böyle bir zorunluluğun olmadığından, olmasının problemliliği bahsetmiştik.

⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1026.

⁶⁶ Kaya, (Elektronik), s. 374; Dülger, s. 871.

⁶⁷ Alangoya, s. 409; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1046.

⁶⁸ Aycı, Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Sorumluluk, Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 125. <http://acikerisim.iku.edu.tr> (Son erişim tarihi: 29.04.17).

⁶⁹ Alangoya, s. 406; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1037.

Son olarak tedbire muhalefet açısından çeşitli farklar vardır. Buna göre, karşı taraf veya menfaati ihlal edilen üçüncü kişi yokluklarında verilen ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilirler. Bunun süresi karşı taraf için tedbir uygulanmasına dair tutanağın tebliği, üçüncü kişi içinse öğrenmeden itibaren bir haftadır.⁷⁰ Huzurunda aleyhine tedbir uygulanan taraf veya menfaati haleldar olan 3. kişi teminat yatırarak yahut şartların değişmesiyle hiç teminata gerek kalmaksızın, tedbirin kaldırılmasını talep edebilir.⁷¹ Bu, itiraz şeklinde gerçekleşir ve talebin reddi durumunda kanun yolu (istinaf) açıktır.

5651 sayılı Kanun sistematığında ise iki farklı mekanizma düzenlenmiştir. İlkinde, ihlale mahal veren içeriğin yayından kaldırılması durumunda hakim kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı belirtilmiştir. Bunun sağlanması ise ESB'nin görevidir. İçerik ve yer sağlayıcısı içeriğin kaldırıldığını, ESB Tüzüğü 5. madde 'ye göre, elektronik posta dâhil olmak üzere bir şekilde ESB'ye bildirmelidir. ESB bunun üzerine uygulanan kararı kaldırır. Bu yol, HMK m. 396'da düzenlenen ihtiyati tedbir kararının şartların değişimi ve talep üzerine kaldırabilmesi imkanının mukâbilidir ve yerindedir. İkinci yol ise itirazdır. İtirazın buradaki karşılığını ise aşağıda koruma tedbirleri kıyası bölümünde inceleyeceğiz.

2.1.2.2 Koruma Tedbiri Kıyası

Bu bölümde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan tedbirin cezai mahiyet arzettiğinin kabulü durumunda koruma tedbiri olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılacaktır. Bu bağlamda koruma tedbirlerinin temel özellikleri zikredilerek 9. maddedeki tedbir analiz edilmeye çalışılmıştır.

2.1.2.2.1 Genel Olarak Tedbirin Cezai Mahiyeti

Koruma tedbirleri, kanuna dayanan, ileride verilecek hükmün işlevini kaybetmemesi için araç ve geçici olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına imkan veren tedbirlerdir.⁷² 5651 sayılı Kanun'un 9.

⁷⁰ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 1040.

⁷¹ Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 1042 ve 1044.

⁷² Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2. B, 2010, s. 379; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.B, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 833; Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 8.B, 2011, s. 312.

maddesindeki erişim engellenmesi tedbiri ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanına aittir⁷³ ve bir koruma tedbiridir.⁷⁴ Bu tespitin üç temel sebebi vardır. Evvel emirde, 5651 sayılı Kanun'un tam ismi "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun" dur. İnternette işlenen suçlarla mücadelede etkili olup olmaması bir yana, Kanun'un "Amaç ve Kapsam" başlıklı ilk maddesinde amaç "internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek" olarak belirtilmiştir. Kanun koyucunun özellikle 8, 8/A ve 9/A maddelerinde maddi unsur olarak suç oluşturan filleri belirtmiş olduğu durumda 9. maddenin kasten dışlandığı ileri sürülebilir. Ancak maddelerin muhtevası kıyaslandığı vakit birbirlerine ne kadar benzedikleri anlaşılacaktır. Örneğin 8⁷⁵ ve 9. maddelerde hakim kararını yirmi dört saat içinde vermek zorundadır. Yine verilen erişim engellenmesi kararları; 8, 8/A, 9, ve 9/A maddeleri uyarınca erişim sağlayıcı tarafından dört saat içinde yerine getirilmek zorundadır.⁷⁶

Kaldı ki, ikinci sebep olarak yukarıda ayrıntılı olarak değişiklikler bölümünde incelediğimiz üzere, 2014 değişikliklerinden sonra medenî hukuka özgü olan cevap hakkı gibi hukuki neticeler de maddede metninden çıkarılmıştır. Bu durumda artık kanun maddesinin her iki hukuk alanından müterkip bir "*sui generis*" madde olduğu görüşüne katılmıyoruz.⁷⁷

⁷³ Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, "İnternete Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır", s. 24. http://www.cyber-rights.org/reports/internet_yasak_siyah.pdf (Son erişim tarihi: 30.04.2017)

⁷⁴ Koruma tedbirleri her zaman yalnızca delil elde etme amacı taşımazlar. CMK 133 (Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini) tedbirinde görüldüğü gibi işlenmekte olan suçun kontrol altına alınmasına da hizmet edebilirler. Nitekim 5651 sayılı kanunla getirilen erişimin engellenmesi tedbirin koruma tedbiri olmakla beraber suçun işlenmeye devam edilmesini engellediğinden "önleyici" nitelikte olduğuna dair: Centel/Zafer, s. 429.

⁷⁵ 8. madde açısından hakimnin yirmi dört saat içinde karar verme zorunluluğu, özellikle gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısının verdiği erişim engellenmesi kararını sonradan hakime sunması durumunda söz konusu olur. Ancak internet ortamının hızı ve işlenen suçların mahiyeti dikkate alındığında hemen her durumda gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu kabul edilebilecektir.

⁷⁶ Yine 8. maddede cezai karakteri tamamlayıcı olarak erişim engeli kararı alındıktan sonra BTK Başkanına ilgili fiiller hakkında suç duyurusunda bulunma görevi getirilmiştir.

⁷⁷ Medeni hukuka özgü bu tedbirlerin kanunu cezai nitelikten uzaklaştırıp "*sui generis*" hale getirdiğine dair: Kaya, (Erişim), s. 142; Dülger, s. 770.

Nihayet, aşağıda bu konuda içtihad seyrini ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Yargıtay'ın son 2016 içtihadı sebep gösterilebilir.⁷⁸ Yüksek mahkeme, bu içtihadında 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile Medeni Kanun madde 25'i erişim engeli açısından kıyaslamış, 5651 sayılı Kanun'un yalnızca cezai sorumluluğu düzenlediğini belirtmiştir. Hem yüksek yargı organlarınca hem de kanun maddelerinin sistematikleme cezâi mâhiyeti tasdik edilen 9. maddedeki "kişilik haklarının ihlali" ifadesinin bu itibarla Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap ikinci kısmında -kişilere karşı suçlar- kısmında tanımlanan bir fiilin işlenmesi olarak anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz.⁷⁹ Yalnız, 5651 sayılı Kanun'da suç kataloğu (8. madde) veya özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK 134) gibi muayyen suç tipi belirten⁸⁰ (9/A maddesi) maddelerin maddi unsurları 9. madde uygulama alanına girse bile uygulanmayacaktır. Çünkü o maddeler "*lex specialis derogat legi generali*" genel hukuk kaidesine göre özel hüküm teşkil ederler.

2.1.2.2.2 Şikayet ve Koruma Tedbiri İlişkisi

Soruşturma başlamadan koruma tedbirine karar verilmesi kural olarak mümkün değildir⁸¹. Dolayısıyla 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi tedbirine koruma tedbiri diyebilmek için soruşturmanın başlamış olması gerekir. Soruşturma, cumhuriyet savcısının suç şüphesini öğrenmesinden, iddianamenin kabul edilmesine kadar olan süreci ifade eder.⁸²

Şikayet, suçtan zarar görenin belirli süreler içinde, belirli makamlara fiilin cezalandırılması isteğini bildirmesidir.⁸³ Şikayet baskın görüşe göre bir muhakeme şartıdır.⁸⁴ Şikâyetin muhakeme şartı olarak kabul edildiği durumda şikâyete bağlı suçlarda soruşturma başlamadan koruma tedbiri kararı verilmesi kural olarak mümkün değildir.⁸⁵

⁷⁸ Yargıtay, 4. HD., E. 2015/13252 K. 2016/2190 T. 22.2.2016. (Lexpera Çevrimiçi)

⁷⁹ Bu kataloğun çok geniş olduğu eleştirisi yerinde olacaktır. İlerleyen bölümünde biz de bu kısım altında yer alan bazı suçların katalog olarak gösterilmesi gerektiğini vurgulayacağız. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun sistematikleme incelendiğinde görülecektir ki, bu geniş katalogdan zaten pek azı internet vasıtasıyla gerçekleştirilebilmektedir.

⁸⁰ Dülger, s. 871.

⁸¹ Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 380; Centel/Zafer, s. 86.

⁸² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 705; Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 486.

⁸³ Centel/Zafer, s. 85.

⁸⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 664; Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 46; Centel/Zafer, s. 590.

⁸⁵ Devrim Güngör, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Yetkin

Dolayısıyla sulh ceza hakiminin bir koruma tedbiri olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki erişim engellenmesi kararını soruşturma başlamadan verememesi gerekir. Diğer ihtimalde zorlama bir yorumla soruşturmanın geriye yönelik olarak tedbir kararının verilmesi ile başladığı söylenebilir. Her halde, şikâyetin cumhuriyet savcısına iletilmesi ile işin gerçekliği araştırılmaya başlanır. Bu bakımdan sulh ceza hakimine 5651/9 kapsamında "kişiye karşı işlenen suçlar" dan herhangi birinin gerçekleştiğinden bahisle internetteki yayının engellenmesi istendiğinde cumhuriyet savcının bundan bir şekilde haberdar edilmesi gerekir. Sulh ceza hakiminin bu başvuru üzerine yapması gerekenleri tartışmak uygun olacaktır.

Şikâyet CMK 158'de gösterilen makamlara yapılabilir.⁸⁶ Bu makamlardan biri de mahkemelerdir. Bu bağlamda sulh ceza hakimine yapılan şikâyet mahkemeye yapılmış sayılabilecek midir? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Öncelikle bağlayıcılığı tartışılrsa da, CMK 158'in madde gerekçesinde açıkça şikâyetin sulh ceza hakimliklerine yapılabileceği yazılmıştır. Diğer yandan, sulh ceza hakiminin şikâyeti savcılığa iletmekle memur bir makam olmadığının kabulü durumunda dahi, öğretide⁸⁷ kanun yolunun belirlenmesinde yanılmayı düzenleyen CMK m. 264'ün⁸⁸ buraya da uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Bu şekilde hatalı makama yapılan şikâyet, evrak esas mercie gönderilene kadar yahut şikâyetin hatalı makama yapıldığı şikâyet edene bildirilene kadar, esas makama yapılması gereken şikâyetin etkisini doğuracaktır. Yapılan kıyasın istisnai bir hükme dair olmaması ve hak arama özgürlüğünü koruması yönünden bu görüş isabetlidir.⁸⁹

Yayınları, Ankara, 2009, s. 33. (Aktaran: Can, Sibel, Ceza Hukukunda Şikâyet, 2016, Kırıkkale, s. 57.) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

⁸⁶ CMK 158'e göre şikâyet makamları esas olarak Cumhuriyet Başsavcılığı ve kolluktur. İstisnaen valilik, kaymakamlık veya mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Bazı özel şartların gerçekleşmesi durumunda Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına, yahut kamu kurum ve kuruluşlarına da, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmek üzere şikâyet yapılabilir. (Centel/Zafer, s. 90)

⁸⁷ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.B, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 103-104.

⁸⁸ CMK 264. maddenin tam metni şöyledir: "- (1) Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya mercinin belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. (2) Bu hâlde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhâl görevli ve yetkili olan mercie gönderir."

⁸⁹ Aynı yönde: Can, s. 57. Aynı yönde Yargıtay 16. HD, 16.2.2009-9489 (Centel/Za-

Bir sonraki adımda, erişim engellenmesini talep eden kişinin bu talebi aynı zamanda şikâyet olarak kabul edilebilir mi? sorusunu sormak gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu şikâyetin yazılı veya tutanağa geçirmek şartıyla sözlü olarak yapılabileceğini belirtmekle yetinmiştir. Ancak şikâyetin formüle edilmesinde kuralın serbestlik olduğu, özellikle suç tavsifi veya faili işaretin⁹⁰(özellikle internetteki anonim saldırılar için) şikâyet için gerekli olmadığı genel olarak kabul olunmaktadır.⁹¹ Bu itibarla “şikâyetçiyim”, “davacıyım”, “işlediği suça erişimi engelleyin” tabirleri de şikâyet iradesinin tezahürleri olarak kabul edilebilecektir.⁹²

2.1.2.2.3 Cumhuriyet Savcısı ve Kamu Davasının Açılması

Cumhuriyet savcısı, sulh ceza hakiminin bildirimini alır almaz, kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere, hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. (CMK m.160/1) Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinde toplanan delillere göre yeterli şüpheye ulaşıldığını düşünüyorsa iddianame düzenler. (CMK m.170/2) Ancak yeterli şüpheye ulaşma sürecinde savcıyı sınırlayan bir süre yoktur. Burada sınır ancak dava zamanaşımı ve keyfî hareket etme yasağı ile çizilebilir.

Savcının düzenleyeceği iddianame CMK m. 170 ve 174'e uygun olmalıdır. CMK m. 170'e göre savcının iddianamede göstermesi gereken hususlardan biri de şüphelinin kimliğidir. Bu husus internetteki ihlaller açısından özellikle önem taşır. Çünkü internette işlenen suçlar çok kez anonim olarak işlenmekte bunların takibi ise yapılamamaktadır.⁹³ Bu durumda kural olarak savcı kovuşturmaya imkan olmadığından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilir. Uygulamada

fer, s. 92)

⁹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 670.

⁹¹ Erdoğan Demirtaş, Ceza Muhakemesinde Muhakeme Şartı Olarak Şikâyet, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 77. (Orada zikredilen isimler) (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)

⁹² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 668; Koca/Üzülmez, s. 306.

⁹³ Bunun en büyük sebeplerinden birinin ilgili aktörlerin “port” kaydı tutmakla yükümlü olmaması yönündeki eleştiri için: İlker Kara, Ümit Sönmez, “5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Kanununun Uygulama Yönünden Değerlendirilmesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2015, s. 53.

da bu yönde fezleke düzenlenmekte ve fakat fail belirlenemediğinden kovuşturma evresine geçilememekte, dava zamanaşımına kadar bu rapor bekletilmektedir. Bu süre içerisinde failin IP adresi doğrudan veya dolaylı yollarla elde edilebilirse, iddianame düzenlenip kovuşturma aşamasına geçilebilmektedir.

Failin kimliğinin açıkça tespit edilebildiği durumda ise diğer unsurları da tamam bir iddianameyle kamu davası açılmak üzere iddianame mahkemeye sunulur. Bu noktada daha önce erişim engellemesi tedbirine itiraz edildiği ihtimalini değerlendirmek gerekir. Aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, itiraz üzerine verilen karar kural olarak kesinleşir. Bu karar artık esas hakkında yargılama yapılan ilk derece mahkemesinde kaldırılamaz. Ancak istinaf edildiğinde esas hükümler birlikte incelenip kaldırılabilir. Bununla birlikte denetim mekanizması kararına dokunulmaksızın, şartlar gerektirdiğinde mahkeme aynı konu üstünde yeni bir koruma tedbiri kararı verebilecek yahut kaldırabilecektir.

2.1.2.2.4 İtiraz Usulü

İtiraz yolu 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre 5271 sayılı CMK'ya göre işletilecektir. İtiraza ve genel kanun yoluna başvurabilecekler arasında sınırlı olmaksızın; cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık, katılan ve katılan sıfatı alabilecek kişilerin olduğu belirtilmiştir. (CMK m. 260)⁹⁴ Yine hakları ihlal edilen,⁹⁵ hukuki çıkarları zedelenen üçüncü kişiler de bu başvuru yolundan yararlanabilir.⁹⁶ Erişim engellerinde ayrıca ESB'ye de açıkça bu yetki tanınmıştır (5651 m. 6A/8) Katılan olmak içinse mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olmak gerekir. (CMK m. 237/1) Ancak kanun yolu muhakemesinde katıl-

⁹⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 1677; Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 564.

⁹⁵ Bu noktada AİHM Türkiye'nin davalı konumda olduğu dosyalarda farklı yönde kararlar vermiştir: Yıldırım davasında, Google Sites'a verilen erişim engellenmesi kararına karşı 3. kişi itiraz başvurusunu "internet kullanıcılarının haklarına büyük ölçüde zarar verildiğini ve önemli dolaylı etkiler oluşabileceğini hâkimlerin dikkate almaları gerektiği kanaati" ile kabul edilmesi gerektiğini söylerken (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, 18.11.2012. Kararın Türkçe tercümesi için: <http://www.inhak.adalet.gov.tr>) Telif haklarını ihlal ettiği öne sürülen müzik sitelerine erişim engellenmesinde başvurucunun site kullanıcı bir 3.kişi olarak olaylardan doğrudan etkilenmediğini söylemiştir. (Akdeniz/Türkiye (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 20877/10, 11.03.2014)

⁹⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 1654; Centel/Zafer, s. 727.

ma başvurusunda bulunulamaz. (CMK m. 237/2) Mutlaka ilk derece mahkemesindeki aşamada başvuru olmalıdır.

Çeşitli ihtimalleri problemimiz kapsamında düşünürsek: İçeriği erişime engellenenin karara itiraz edebilmesi için sanık veya şüpheli vasfını alması gerekmektedir. Bu da ancak bir soruşturma başlatılmış olması ile mümkündür. Yine kullanıcısının bir içeriği yüzünden sitesine erişim engellenen kişi nasıl itiraz edecektir? Bu kişi hükmün sonuçları kendini etkileyeceğinden malen sorumlu olarak katılabilir ve dolayısıyla itirazda bulunabilir. Görüldüğü üzere her iki halde de, itiraz hakkının kullanılması soruşturmaya bağlanmıştır. Hukukî çare, ihlâlin niteliği yalnızca cezâi olduğu durumda sağlandığından, hakkın korunmasının ölçülüğü de hakkın ceza hukuku bağlamında yorumlanmasının kabulüyle mümkündür.

İtiraz kanun yolu, kararın hem maddi hem de hukuki açıdan incelendiği bir denetim mekanizmasıdır.⁹⁷ Dolayısıyla, denetim makamı gereken durumlarda soruşturma işlemlerini yapabilir veya yaptırabilir.⁹⁸ Bu minvalde, duruşma yapılamasa da; soruşturma kapsamında tanık dinlenilebilir, keşif yapabilir veya bilirkişi dinlenilebilir.⁹⁹ İtiraz üzerine verilen kararlar kural olarak kesindir ve infazı durdurmaz.¹⁰⁰ Bu itibarla, denetim makamının tüm bu yetkileri kullanmasının bir soruşturma açılmış olmasına bağlı olduğu söylenecektir.

2.2.1 Özel-Genel Kanun İhtilafı ve Yargıtay

İnternette gerçekleşen kişilik haklarını korumak için hangi kanunun uygulanacağı tartışmalıdır. İhlalin giderilmesi ilk bakışta genel bir kanun olduğu kabul edilen Medeni Kanun'a göre mi giderilecektir? Cevap olumluysa özel kanunun öncelikle uygulanacağı kuralı dışlanmış olmaz mı? Cevap olumsuzsa, Medeni Kanun'un yaptırımları tamamlayıcı olarak uygulanabilir mi? Bu sorulara bu bölümde cevap aranmaya çalışılacaktır.

⁹⁷ Sadece delil tartışması gerekmeyen konuların ele alınabileceği yönünde: Centel/Zafer, s. 742.

⁹⁸ Gerekli görüldüğünde duruşma da yapılabileceğine dair: Centel/Zafer; s. 741.

⁹⁹ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 1678.

¹⁰⁰ Gözlem altına alma tedbirinin (CMK m. 74/4) bunun istisnası olduğuna dair: Öztürk/Tezcan/Erdem, s. 566.

2.2.1.1 Teorik Çerçeve

Hukuk sisteminde aynı olaya uygulanabilecek birden fazla norm bulunabilir. Bunlar farklı hukuk alanlarında (kamu/özel) ise aynı anda uygulanabilirler. Aynı hukuk alanında iseler bakılır: Aralarında önceki-sonraki kanun (*lex posterior*) ya da özel-genel (*lex specialis*) ilişkisi yahut yarışma (telâhuk) ya da yığılma ilişkisi mevcut mudur?

Özel ve genel sıfatları kanunlara/hükümlere ancak izafeten verilebilir.¹⁰¹ Örneğin, Medeni Kanun'a göre özel kanun olan Dernekler Kanunu, Sendikalar Kanun'una göre genel kanun hükmündedir.¹⁰² Esasında, özel-genel kanun ilişkisinden ziyade özel-genel hüküm ilişkisinden bahsetmek daha doğrudur.¹⁰³ Çünkü aynı kanun içinde, bir hüküm genel düzenleme diğer hüküm özel düzenleme oluşturabilir.¹⁰⁴ Yine izâfi olarak genel olan bir kanunun hükmünün, bir özel kanun hükmünden daha özel olması mümkündür.¹⁰⁵

Özel hüküm, genel hükmün hukuki neticesini belirli bir alanda ortadan kaldıran ya da sınırlayan hükme denir.¹⁰⁶ Bu hükümlerin birbirlerine etkisini de nimet külfet dengesi gözeterek tespit ederiz.¹⁰⁷ Önceki-sonraki kanun olma ihtimallerini bir yana bırakarak şu üç ihtimali sayabiliriz.¹⁰⁸

¹⁰¹ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul, 17.B, 2011, s. 81; Tahir Çağa, "Özel Kanun Hükmü Genel Kanun Hükmünü Daima Bertaraf Eder Mi?", *TBB Dergisi*, 1991/3, s. 370.

¹⁰² Oğuzman/Barlas, s. 81; Hüseyin Hatemi, Medeni Hukuk'a Giriş, İstanbul, 6.B, 2012, s. 57.

¹⁰³ Nejat Aday, 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında "Özel Kural" Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 179.

¹⁰⁴ İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüt hükümlerinin (TBK 125-126) genel temerrüt hükümlerine nazaran (TBK 117-122) özel hüküm olduğuna dair: Çağa, s. 370.

¹⁰⁵ Nitekim, Sayıştay Temyiz Kurulu 14.3.2006 tarih ve 28414 sayılı kararında, avukatlık vekalet ücretine dair bir ihtilafı, Avukatlık Kanunu'na nispetle genel kanun olan Devlet Memurları Kanun'unun hükümlerine dayanmış ve ilgili konuda daha özel düzenleme oluşturduğuna karar vermiştir. Kararı Aktaran: Aday, s. 180.

¹⁰⁶ Rona Serozan, Hukukta Yöntem, 1.B, İstanbul, 2015, s. 147.

¹⁰⁷ Serozan, s. 145 ve özellikle 148.

¹⁰⁸ Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.B, Berlin, 1995, s. 89.

1) Özel hüküm, genel hükmün uygulanmasını dışlar. Bu da iki sebeple olabilir:

a) Kanun koyucu “genel hükümler burada uygulanmaz” gibi ifadelerle bunu açıkça ortaya koyar.¹⁰⁹

b) Kanun yorumlandığında,¹¹⁰ genel kanun hükmüne başvurulup daha az külfetle daha çok/aynı nimete ulaşılma,¹¹¹ dolayısıyla kanunu dolanma imkanının engellemek istediği anlaşılmaktadır.¹¹²

2) Özel hüküm genel hükmü dışlamaz, genel hüküm özel hükmün uygulanmasında yol gösterir.¹¹³

3) Hem özel hüküm, hem de genel hüküm nimet-külfet dengesi açısından denktir. Taraf istediğine başvurabilir.¹¹⁴

Bu teorik çerçeve ışığında Yargıtay içtihatları incelenmeye geçilebilir.

¹⁰⁹ Çağa, s. 368; Aday, s. 180.

¹¹⁰ Bu ihtimalde dolaylı işarete örnek, kanun koyucunun genel hükmün içine “aksine hüküm yoksa” lafzını eklemesidir. Bu durumda özel hüküm, genel hükmün aksine bir hüküm içerirse artık kanunun dolaylı işaretiyle genel hükmü dışlanmış olur. Çağa, s. 374.

¹¹¹ Ancak kanun koyucu dolaylı veya doğrudan bir işaret koymadığında hükümlerin “illet” (ratio) leri incelenmelidir. Bu da, nimet külfet dengesinin ölçülmesi ile olur. Bu en nihayetinde bir yorum meselesidir. Konu somut bir tartışmayla daha da açığa kavuşacaktır: Mesela kanun koyucu, ölüme bağlı tasarrufun hukuka ve ahlaka aykırı yaptırımlar içermesi durumunda ilgili tasarrufu hükümsüz kılmak isteyen mirasçının MK m. 557/b.3'e göre bir iptal davası açması külfetini yerine getirmesini istemiştir. Bir görüşe göre, bu durumda mirasçı aynı elverişli sonuca daha az bir külfetle TBK m. 27 hükmüne göre varmamalıdır. Burada özel hükmün (m. 557) genel hükmü (m. 27) dışlaması söz konusudur. Rona Serozan, Baki İlkey Engin, Miras Hukuku, 4.B, Seçkin, Ankara, 2014, s. 337.; ayrıca Serozan, s. 148. Oysa bazı yazarlar MK 557/b.3 hükmünün, TBK m. 27 hükmüne kıyasla daha iyi bir nimet sunmadığını, bu durumda yararlanana ekstra bir külfet (süresi içinde iptal davası açma) getirmenin kanun koyucunun amacı olmadığını ileri sürmektedirler. Dolayısıyla bu yazarlara göre MK. m. 556/b.3 genel hüküm TBK m. 27'yi dışlamamaktadır. (Bu görüşteki yazarlar için: Mustafa Dural, Turgut Öz, Miras Hukuku, Filiz, 9.B, İstanbul, 2015, s. 230.)

¹¹² Yukarıdaki dipnotta zikredilen durumun aksine, katlanılan az külfete çok elverişli olmayan sonuçlar veren sözleşmeye aykırılık hükümleri ile çok külfete iyi elverişli sonuçlar veren ayıp hükümlerinin yarışmasında sakınca olmayacağına dair: Serozan, s. 145.

¹¹³ Aksi kararlaştırılabilen genel yorumlayıcı/tamamlayıcı hukuk kuralları bu kabildendir. Örnekler için: Oğuzman/Barlas, s. 85; Aday, s. 179.

¹¹⁴ “...Özel hükmün daima, her hâlükarda genel hükmü bertaraf edeceğini söylemek asla doğru ve isabetli değildir.” Çağa, s. 368; Serozan, s. 145; Aday, s. 180.

2.3.1 Yargıtay İçtihatları Seyri

Yargıtay'ın bu konuya dair içtihatları ilginç bir seyir izlemiştir. 5651 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden iki sene sonra, 2009 yılındaki içtihadında¹¹⁵ Yargıtay, internette gerçekleşen haksız fiillerde Medeni Kanun'a başvurulabileceğini belirtmiştir.¹¹⁶ İlgili davada, davacı hukuka aykırılığın tespiti, düzeltilmesi ve üçüncü kişilere duyurulmasını istemiştir. O dönemde 5651/9'da henüz erişim engellenmesi tedbiri olmadığından ve davacı da böyle bir talep iletmediğinden mahkeme bunu incelememiştir. Bununla birlikte dikkat çeken nokta, cevap hakkının o dönemde hem Medeni Kanun'da hem de 5651 sayılı Kanun'da bulunmasına rağmen mahkemenin uyuşmazlığı özel hukuka ait olarak tavsif etmesi ve asliye hukuk mahkemesinin görevsizlik kararını bozmasıdır.

2012 yılından sonra ise Yargıtay içtihatlarında öncekiyle çelişen kararlar gündeme gelmiştir. Kararlarında, içerikten çıkarma talebinin tek başına yahut tazminat talebiyle de olsa asliye hukuk mahkemesinden istenemeyeceğinden,¹¹⁷ mahkemenin tedbir kararı açısından görevsizlik kararı vermesi gerektiğinden¹¹⁸ bahisle hukuk mahkemelelerinin talebi kabulü yönünden kararları bozmuş, görevsizlik kararlarını onanmıştır.¹¹⁹ Bu kararlarda sunulan gerekçe, 5651 sayılı Kanun'un Medeni Kanun bakımından özel kanun sayılacağı, dolayısıyla Sulh Ceza Mahkemesinin internetteki yayınların durdurulması talepleri bakımından özel olarak yetkilendirildiği, hukuk mahkemelerinin görev açısından bu konuda dışlandığıdır.¹²⁰

Ancak mahkemenin içtihatları bu yönde seyrederken bir yandan da yerleşik bir karşı oy oluşmaya başlamıştır.¹²¹ Karşıoy, istenilirse MK

¹¹⁵ Yargıtay 4. HD., E. 2009/8571 K. 2009/9921 T. 15.9.2009 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹¹⁶ Bir içtihadında ise özellikle suç kataloğu sayılmış olan 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi ve ceza karakterdeki 9. maddesini haksız fiilleri düzenlediğini isabetsiz şekilde söylemiştir.: 4. HD., E. 2014/14066 K. 2014/14606 T. 05.11.2014 (Lexpera İçtihat)

¹¹⁷ 4. HD., E. 2012/6581 K. 2012/10331 T. 13.6.2012 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹¹⁸ 4. HD., E. 2012/2045 K. 2013/1218 T. 29.1.2013 (Kazancı İçtihat Bankası) Yine Dördüncü Daire bir kararında "yayının nihâi olarak durdurulması" yönünden hukuk mahkemesinin görevsiz olduğunu söylemiştir. Bundan kasıt sanıyoruz tecavüzün durdurulması kararıdır. : 4. HD., E. 2012/13534 K. 2013/9321 T. 21.5.2013 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹¹⁹ 4. HD., E. 2014/608 K. 2014/1490 T. 3.2.2014 (Lexpera İçtihat)

¹²⁰ 4. HD., E. 2014/7187 K. 2014/8832 T. 28.5.2014 (Lexpera İçtihat); 4. HD., E. 2013/10125 K. 2014/5825 T. 7.4.2014 (Lexpera İçtihat)

¹²¹ Bu karşıoy gerekçesinin yer aldığı son karar karar düzeltme ile bozulmuştur: 4. HD., E. 2015/6149 K. 2015/7354 T. 4.6.2015 (Lexpera İçtihat)

hükümlerine göre istenirse 5651 sayılı Kanun hükümlerine göre Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulabileceğini belirtiyordu. Karşıoylardaki gerekçe metin hep şu olmuştur :“Öğretide belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanun aynı zamanda yürürlükte olduğu durumlarda yasaların olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa sorun da yoktur.”¹²²

Bu tespit netice olarak doğrudur. Gerekçelendirilmesi ise açıklanılmaya muhtaçtır. Çünkü burada hükümlerin birinin cezai sorumluluk alanına birinin hukuki sorumluluk alanına hitap ettiği göz ardı edilmiştir. Tasdik mahiyetinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sorumluluğa ilişkin bir davada HMK ve CMK hükümlerini kıyaslamış ve : “Bir usul kanununun sorumluluğun süjesini devlet, diğerinin ise hakim olarak ele alması karşısında birinin diğerine nazaran özel kanun olduğunun kabulüne olanak yoktur.” demiştir.¹²³ Aksi durumda, yani her iki hükümün de hukuk alanına ait olduğu kabul edildiğinde ise verdiğimiz kıstaslara göre nimet-külfet dengesi kurmak gerekir. 5651 sayılı Kanun çok daha az külfete daha farklı veriyor olduğu durumunda genel hükümler daha fazla külfetle daha farklı neticeler vermektedir. Bu durumda elverişli hükümün uygulanmasında beis olmayacak, karşıoyun gerekçesi de isabet taşımayacaktır.

Nitekim hukukî netice olarak aynı konu üzerinde tezahür etmelerine rağmen her iki kanun da farklı imkanlar sağlamaktadır. Yargıtay da bir içtihadında¹²⁴ bunu fark etmiş, rol aldığı sinema filmindeki fotoğrafları izinsiz olarak bir gazetede yayınlanan davacının, 5651/9'a göre erişim engeli almak için Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurusu ardından asliye hukuk mahkemesinden de saldırıya son verilmesi ve manevi tazminat talep etmesini hukuka uygun bulmuştur.

Bir başka dikkat çeken konu, Yargıtay'ın önüne gelen bazı davalarda hukuk mahkemelerinin içeriğin yayından ihtiyati tedbir yoluyla kaldırılması taleplerini “uyuşmazlığın esası hakkında verilecek sonuçta tedbir kararı ile ulaştırılması” tehlikesinden dolayı reddetmeleridir.¹²⁵

¹²² 4. HD., E. 2014/2231 K. 2014/4277 T. 12.03.2014 (Lexpera İçtihat); 4. HD., E. 2013/12487 K. 2013/14479 T. 18.9.2013 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹²³ Yargıtay HGK, E. 2010/4-553, K. 2010/537 (Kazancı) Kararı Aktaran: Aday, s. 177.

¹²⁴ 4. HD., E. 2014/11219 K. 2014/15371 T. 17.11.2014 (Lexpera İçtihat)

¹²⁵ 4. HD., E. 2013/7417 K. 2013/10004 T. 27.5.2013 (Kazancı İçtihat Bankası); 4. HD., E. 2012/6581 K. 2012/10331 T. 13.6.2012 (Kazancı İçtihat Bankası)

Yargıtay çoğu kararında bu hususu değerlendirmemiştir. Nitekim daha önce vurguladığımız gibi bu tehlike Sulh Ceza Hakimliği kararlarında da sürmektedir.

Nihayet Yargıtay 2016¹²⁶ yılında bir karar düzeltme başvurusunda içtihadını doğru bir şekilde değiştirmiştir. Hükümlerden 5651/9'un cezai sorumluluğu, TMK 24 ve 25'in hukuki sorumluluğu düzenlediğini belirtmiş, davacının bunlara başvurmakta serbest olduğunu, yani bir özel-genel hüküm ilişkisi olmadığını vurgulamıştır.

Kanaatimizce içtihat doğru yoldadır, ancak 5651/9'un madde metninden ne anlaşılması gerektiği Yargıtay'ca ortaya konulmamıştır. Bu "kişilik hakkı ihlal edilen" lafzını da bu içtihat ışığında bir suçun hukuki değeri olarak almak gerekir. Yargıtay'ın doğru olan son içtihadından önceki içtihatlarının seyri de anlaşılabilir: 5651 sayılı Kanun'da 2014 değişikliği öncesi 9. madde ile ulaşıp da MK 25 hükümleriyle ulaşılamayan pek bir şey yoktu. Öyle ki, ilgili hem içeriği yayından kaldırılabiliyor, hem de cevap hakkını kullanabiliyordu. Bu imkanlar maddeye özellikle bir özel hukuk normu havası katıyordu. Bu durumda Yargıtay'ın, MK 25 hükmünün ayrıca başvurulduğunda daha iyi bir menfaat sağlayan bir genel hüküm olmadığı tespiti yerinde denebilirdi.

Ancak özellikle 2014 değişikliğinden sonra durum değişmiştir. Yukarıda incelediğimiz gibi kanun koyucu, madde başlığından cevap hakkını çıkarmış, yalnızca yayından çıkarma ve erişimin engellenmesi neticelerini bırakmıştır. Bu neticeler MK 25'in yalnızca tecavüzün durdurulması neticesini karşılamaktadır. Dolayısıyla eski içtihatlardaki normun karakteri konusundaki belirsizlik de ortadan kalkmıştır.

2.3.2 Ceza Kararlarının Hukuk Hakimine Genel Olarak Etkisi

Ceza muhakemesi ve medeni muhakemenin kesiştiği alanlar olabilir. Ancak bu durumda ilk bakışta koruduğu haklar benzer gözükün bu alanların ulaşmak istedikleri hedef¹²⁷ açısından farklılıklar vardır.¹²⁸

¹²⁶ 4. HD., E. 2015/13252 K. 2016/2190 T. 22.2.2016 (Lexpera İctihat Bankası)

¹²⁷ Hedefi burada umûmi menfaat olarak kullanıyoruz. Hususi olarak maddi gerçeğin mi şekli gerçeğin mi arandığı tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz: Alango-ya, s. 25 ve 26.

¹²⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 854.

Yine başka bir açıdan, ceza hukuku bozulan toplum düzenini eski haline getirmek ve suçun tekerrürünü engellemeyi hedeflerken, medeni hukuk hakkın tespitini ve varsa ihlali ve şartlar oluşmuşsa bundan doğan bireysel zararı gidermeyi hedefler.¹²⁹ Ceza hukukunda kast arandığı için suç teşkil etmeyen bir hareket hafif kusurla haksız fiil sayılabileceği gibi, ceza hukukunda suç sayılmayan bir şeyin de medeni hukuk bağlamında tazminat doğurabilmesi mümkündür¹³⁰.

2.3.2.1 5651 sayılı Kanun Özelinde

Öğretide 5651/9'a göre sulh ceza hakiminden erişim engellemesi tedbiri alan kişinin sonradan hukuk mahkemesinde haksız fiile dayalı tazminat davası açması durumunda bu yargılamaların ilişkisinin ne olacağı tartışılmıştır.

5651/9'daki normun maddi unsurunun (kişilik hakları ihlali) ve dolayısıyla hukuki neticesinin (erişim engellenmesi) medeni hukuk hükümlerine göre anlaşılmasının bu noktada ortaya çıkardığı bazı problemler öğretide Kaya tarafından isabetle tespit edilmiştir.¹³¹ Bu üç problemin, normun cezai karakterinin tanınmasıyla nasıl çözüleceğini inceleyelim.

İncelenecek ilk soru: Hukuk mahkemesinde dava açıldığında hukuk hakimi, sulh ceza hakiminin kararını gözden geçirip, kaldırabilecek midir? Aynı hukuki neticeyi (erişim engellenmesi) doğursalar da, (ratio legis) bakımından HMK'ya göre verilen ihtiyati tedbirle, 5651/9'un koruma tedbiri birbirinden farklıdır. Dolayısıyla hukuki neticeleri aynı olsa da maddi unsur açısından farklı normlara dayandıklarından birbirlerinin kararlarını değiştiremezler. Zaten bir koruma tedbiri olarak öngörülen bu hükme karşı muhalefet imkanı 5271 sayılı CMK'nın itiraz kanun yolu ile getirilmiştir. Bu açıdan sulh ceza hakiminin kararının yerindeliği hukuk hakimince tartışılmaz.

Öte yandan, burada hukuk hakiminin ilk nazara alması gereken hüküm TBK 74'tür. Buna göre hukuk hakimi, kanuni istisnalar saklı kalmak kaydıyla, ceza hakiminin sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağ-

¹²⁹ Kemal Tahir Gürsoy, "Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31/Sayı 1, 1971, s. 154; Alangoya, s. 27.

¹³⁰ Gürsoy, s. 155; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 855.

¹³¹ Kaya, (Elektronik), s. 374 vd.

lı değildir. Yine, ceza hakiminin beraat kararı ile kusur/zarar tespitleri de hukuk hakimini bağlamaz. Yargı kararları¹³² ve öğretide,¹³³ istisnaen ceza hakiminin fiilî vaka tespitlerinin hukuk hakimini bağlaması gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁴. Bu yorumun dayanağı ise, ceza hakiminin delil araştırması bakımından daha geniş imkanlara sahip olduğunun varsayılmasıdır.¹³⁵

Oysa 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi sistematığına göre dosya üzerinden 24 saat üzerinde verilen bir kararın hâkiminin, hukuk hâkiminden daha fazla araştırma imkânı olduğu söylenemez. O halde bu meselede hukuk hakimi, ceza hakiminin verdiği tedbirdeki hiç bir hususla bağlı olmamalıdır. Mesela, sulh ceza hakiminin hakaret suçuna konu olan fiilin sanığın IP adresinden gerçekleştiği tespiti hukuk hakimi için yeterli olmayabilir.¹³⁶ İsterse yine taraflardan iddialarını açıklığa kavuşturmalarını (HMK 31) isteyebilir.

İkinci bir husus olarak şu sorulabilir: Tazminat talebi hukuk mahkemesince reddedilirse, sulh ceza hakiminin kararına ne olacaktır? Sulh ceza hakiminin kararı bir koruma tedbiri olduğundan geçerliliğini korumaya devam edecektir. Usulüne uygun yapılmış itiraz ile bu tedbir kaldırılabilir yahut devamına karar verilebilir. Yine kamu davası açıldığında esasa bakan mahkemenin kararı istinaf edildiğinde kesinleşmiş olan bu tedbir kararı incelenebilecektir.

Son olarak cevap aranacak soru: Yapılan ceza yargılaması sonucunda beraat eden kişinin tedbir dolayısıyla uğradığı zarar nasıl tazmin edileceği sorusudur. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi CMK m. 141 yalnızca bir kaç koruma tedbiri için tazminat öngörmektedir.¹³⁷ Dolayısıyla internet sitesi kısmen veya tamamen erişime engelledikten sonra site sahibi veya kullanıcısı reklam geliri kaybı ve ziyaretçi sayı-

¹³² "Ceza hâkiminin bir olayın vukua gelmemiş olduğuna ilişkin kararı hukuk hâkimini bağlar" (4. HD. 23.3.1957, 7866/1596, Olgaç, N. 851) Buna benzer birçok içtihadın nakli için: Gürsoy, s. 157.

¹³³ Ahmet M. Kılıçoğlu, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29/Sayı 3, 1973, s. 208 ve orada sayılan isimler. (Haksız Fiil) olarak zikredilecektir.

¹³⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 59.

¹³⁵ Kılıçoğlu, (Haksız Fiil) s. 208; Kuru, s. 596.

¹³⁶ 5651 sayılı Kanun'a göre IP tespitinin "somut delillere dayalı kuvvetli şüphe" oluşturup oluşturmayacağı tartışması için: Kara/Sönmez, s. 54.

¹³⁷ Aycı, s. 125.

sının azalması gibi zararlarını bu yolla gidermeyecektir.¹³⁸ Ancak şartlar oluşursa sulh ceza hâkimine karşı HMK 46'da yer alan esaslarla sonradan rücu edilmek üzere devletin sorumluluğuna gidilmesi yolu açıktır.¹³⁹ Öğretide belirli şartlarda ESB'ye tazminat davası açılabileceği öne sürülse de bu çok düşük bir ihtimaldir.¹⁴⁰

Esasında ESB bir özel hukuk tüzel kişisi olması hasebiyle haksız fiil gerçekleştirebilir. Ancak TBK 49'a göre haksız fiil davası açılması için gerekli ilk unsur hukuka aykırı bir fiildir. Fiiller nitelik itibariyle bir şeyi yapmak gibi olumlu veya yapmamak gibi olumsuz şekilde tezahür edebilir. Sonraki adımda, olumsuz (yapmamak) şeklinde tezahür eden fiilin hukuka aykırılığının tespit edilmesi gerekir. Buna göre hukuka aykırı sayılmak için ancak yapılması mecburi olan bir şeyin yapılmaması gerekmektedir.¹⁴¹ Kusuru bir yana alırsak tazminat için, ESB'ye mevzuat tarafından yüklenmiş bir mecburiyet ve bunun yerine getirilmemesi sonucunda erişime engellenen sitenin zararı ile hukuki illiyet bağı kurmak gerektir. ESB'nin yükümlülüklerini incelediğimiz bölümden¹⁴² sitenin zararı ile illiyet bağı kurulabilen tek hüküm vardır, o da, 6/A maddesinin 8. fıkrasıdır: Birlik, kendine uygulaması için gönderilen ve mevzuata aykırı olduğunu düşündüğü erişim engellemesi kararlarına karşı itiraz 'edebilir'. Maddenin lafzı herhangi bir mecburiyetten bahsetmediğinden bu hükme dayanılarak tazminat talep edilmesi mümkün değildir.

3. SONUÇ

İnternetin özgürlük üzerine kurulu bir ortamdır. Ancak bu özgürlük, devlet otoritesini ve hukukun üstünlüğünü kabulden masuniyet sağlamaz. Teknolojik imkanların gelişmesi ile birlikte bu özgürlük artık baş döndürücü bir hızda yaşanılmakta dolayısıyla hak ihlalleri de bu hızda ve kendine özgü şekilde gerçekleşmektedir. Ortaya çıkan

¹³⁸ Dülger, s. 864.

¹³⁹ HMK 46 gerekçesi de bu yöndedir: "Hükümde geçen "hâkim" kavramı, genel anlamda kullanılmıştır. Buna, yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dahildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimleri de buraya dâhildir." Ayıcı, s. 115.

¹⁴⁰ Kaya, (Elektronik), s. 375.

¹⁴¹ Kılıçoğlu, (Borçlar) s. 275; M.Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10.B, Cilt 2, 2013, s. 13 ve 20.

¹⁴² bkz: Yukarıda bölüm: 1.3.4.2

sosyal ve hukuki problemler, adet olduğu üzere kanunlaştırma yoluna gidilerek çözülmeye çalışılmış, her zaman olduğu gibi yeni problemleri de beraberinde getirmiştir.

İşte 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi de, internetin bu hızlı yapısına ayak uydurulmak üzere düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanun koyma sanatının temel kaideleri göz ardı edilmiş, medeni hukuk alanına ait olması gereken kavramlar ceza hukuku tedbirleriyle korunmaya çalışılmış ve bir kaos yaratılmıştır. Bugün kişiler en basit kişilik hakkı ihlalleri için devlet cebrinden yararlanmakta ve doğan zararlar için yine devletin arkasına saklanmaktadır. Tedbirler çok kısa sürede alınabilmekte, sonra da itiraz mekanizması ile de süreç tıkanmaktadır. Dolayısıyla biz, özellikle; adil yargılanma, hukuki dinlenilme, mülkiyet hakkı gibi önemli hakların cezai müeyyidelerle sınırlandırılmasına esas teşkil eden normun maddi unsurunun da ceza hukukuna ait bir kavram olarak ele alınması gerektiğini savunduk.

Bu bağlamda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin cezaî bir mahiyet taşıdığını koruma tedbiri ve ihtiyati tedbir kavramlarıyla kıyaslayarak ileri sürdük. İlgili hüküm koruma tedbiri kabul edildiği vakitte ne tür problemlerin ortaya çıkabileceğini de ilgili bölümde ortaya koyduk.

Ayrıca, ceza kararlarının hukuk hakimini etkilemesi başlığı altında hukuk hakiminin sulh ceza hakiminin verdiği erişimin engellenmesi kararını kaldıramayacağını gerekçeleriyle belirttik. Bununla beraber hukuk hakiminin, önüne gelen ihtilafta 5651 sayılı Kanun kapsamında sulh ceza hakiminin vaka tespitleriyle dahi bağlı olmadığını belirrttik. Yine son olarak yapılan ceza yargılaması sonucu beraat eden kişinin erişimin engellenmesi tedbiri dolayısıyla uğradığı zararları hakimden ve ESB'den tazmin etme ihtimalini değerlendirdik.

Bu yolda Yargıtay'ın da içtihatlarındaki değişimi inceleyerek çalışmamızı sonlandırdık. Gördük ki, yüksek mahkeme de kanun koyucunun kafa karışıklığından nasibini almış ve fakat sonunda hakikat ile içtihatlarını örtüşürmeyi başarmıştır. Bu tarz düzenlemelerin iyi niyet temelleri üzerine inşa edildiğinden şüphemiz yok ancak Platon'un eleştirisi bugün dahi bâkidir: "Kanun koyarken; güzellik, iyilik, doğruluk üstüne aldanmak, bir adamı yanlışlıkla öldürmekten daha ağır bir suçtur."¹⁴³

¹⁴³ Platon, Çeviren: Sabahattin Eyüboğlu, Devlet, 2014, s. 151.

Kaynakça:

- Aday Nejat, 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında "Özel Kural" Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXIV, S. 1, s. 174-184, 2016.
- Akdeniz Yaman, İnternette Irkçılık, 1.B, İstanbul, 2016.
- Akdeniz Yaman/Altıparmak Kerem, İnternete Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, http://www.cyber-rights.org/reports/internet_yasak_siyah.pdf (Son erişim tarihi: 30.04.2017)
- Akipek Jale G/Akıntürk Turgut/Ateş Karaman, Derya, Kişiler Hukuku, 7.B, İstanbul, 2009.
- Alangoya Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, 2.B, İstanbul, 2001.
- Ataay Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 4.B, İstanbul, 1995.
- Aycı Emrullah, Ceza Yargılamasında Koruma Tedbirleri Nedeniyle Sorumluluk, Doktora Tezi, İstanbul, 2012 <http://acikerisim.iku.edu.tr> (Son erişim tarihi: 29.04.17).
- Centel Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 8.B, 2011.
- Çağa Tahir, "Özel Kanun Hükümü Genel Kanun Hükümünü Daima Bertaraf Eder Mi?", *TBB Dergisi*, 1991/3, s. 366-375.
- Demirtaş Erdoğan, Ceza Muhakemesinde Muhakeme Şartı Olarak Şikayet, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008. (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 11. B, İstanbul, 2011.
- Dural Mustafa/Öz Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 9.B, İstanbul, 2015
- Dülger Murat Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, İstanbul, 4.B, 2014.
- Egger August /Çeviren: Volf Çernis., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Kişinin Hukuku-Gerçek Kişiler, Ankara, 1948.
- Güngör Devrim, 5237 ve 5271 sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Ankara, 2009.
- Gürsoy Kemal Tahir, "Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 31/Sayı 1, s. 149-184, 1971
- Gözler Kemal, "Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi", Rona Aybay'a Armağan (*Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı, Aralık 2014), İstanbul, Legal, 2014, Cilt I, s.1059-1120.
- Habermas Jürgen, 'Towards a United States of Europe', [sightandsight.com](http://www.signandsight.com), 2006, (Çevrimiçi): <http://www.signandsight.com/features/676.html> (30.01.2017'de erişildi)
- Hatemi Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, İstanbul, 6.B, 2012
- Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, 4.B, İstanbul, 2012
- Hornung Gerrit/Müller-Terpitz, Ralf, *Rechtshandbuch Social Media*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2015

- İçel Kayıhan/Ünver Yener, *Kitle İletişim Hukuku, Yeniden İncelenmiş 9.B, İstanbul, 2012*
- Kara İlker/Sönmez, Ümit, "5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Kanununun Uygulama Yönünden Değerlendirilmesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 1, Haziran 2015, s. 49-57.
- Karslı Abdürrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku, 4.B, İstanbul, 2014*
- Kaya Mehmet Bedii, "The regulation of Internet intermediaries under Turkish law: Is there a delicate balance between rights and obligations?", *Computer Law&Security Review* (32), 2016, s. 759-774. (Çevrimiçi: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/02673649>) (Son Erişim Tarihi: 17.04.2017)
- Kaya Mehmet Bedii, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Erişimin Engellenmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009* (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)
- Kaya Mine, *Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2015*
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.B, Ankara, 2011*
- Kılıçoğlu Ahmet M., "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî Hukuk İlişkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 29/Sayı 3, s. 185-222, 1973
- Kılıçoğlu Ahmet M., Şeref, *Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuki Sorumluluk, 4.B, Ankara, 2013*
- Koca Mahmut, Üzülmüş, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.B, 2013*
- Koç Serhat, *Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013* (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.B, Beta Yayınları, İstanbul, 2010*
- Kuru Baki, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2015*
- Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.B, Berlin, 1995.*
- Memiş Tekin, "Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar" , (Derleyen: Yeşim Atamer), İstanbul, 2004, s. 93-139 (Haksız Rekabet)
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, *Medeni Hukuk, İstanbul, 17.B, 2011*
- Oğuzman M.Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10.B, Cilt 2, 2013*
- Oğuzman M.Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 10. B, İstanbul, 2010*
- Özel Sibel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2004*
- Özen Muharrem, Baştürk, İhsan. *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim İnternet ve Ceza Hukuku. Ankara, 2011*
- Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 9.B, Ankara, 2013*

- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2. B, 2010
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 14.B, Ankara, 2013
- Peker Demir Esra, *İnternet Aracılığıyla Kişilik Haklarına Saldırı*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014
- Platon, Çeviren: Sabahattin Eyüboğlu, *Devlet*, İstanbul, 2014
- Serozan Rona, *Hukukta Yöntem*, 1.B, İstanbul, 2015
- Serozan Rona, Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 4.B, Ankara, 2014
- Sırabaşı Volkan, *İnternet ve Radyo Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)*, 2. B, Ankara, 2007
- Splittgerber Andreas (Tarafından düzenlenmiş), *Praxishandbuch Rechtsfragen Social Media*, De Gruyter Berlin, 2014
- Tanşu Okan, *Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Bilişim Hukuku Üzerine Yazılar*, (Derleyen: Yeşim Atamer), İstanbul, 2004. s. 139-154
- Ünver Yener, Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12.B, Ankara, 2016
- van den Bulck, Hilde; Hitchens, Lesley, *Commercial Content and its Relationship to Media Content: Commodification and Trust*, *Routledge Handbook of Media Law*, Routledge, 2013
- Zimmerling Jürgen, *Schutz vor Rechtsproblemen im Internet*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2001
- Zorlu Süheyla, *İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>)