

Mayıs 2018

Çevrim-içi özgürlükler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Türkiye için ileriye dönük bir yol mu?

Yeşil Deniz | EDAM Araştırma Görevlisi

Çevrim-içi özgürlükler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Türkiye için ileriye dönük bir yol mu?

Yeşil Deniz | EDAM Araştırma Görevlisi

Yönetici Özeti:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1954 yılında onaylanmasından bu yana Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi üzerinde bağlayıcıdır. Geçen 64 yıl içinde, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sicili, Türkiye ile Avrupa insan hakları rejiminin gittikçe artan bir şekilde yapısal farklılıklardan muzdarip olduğunu kanıtlamıştır. Aynı zamanda Ankara, Avrupa üyelik adaylığından geri adım atma konusunda isteksizdir. Türkiye'nin AB ile yakınlaşması, anlayışta ve uygulamalarda köklü bir değişiklik gerektirmektedir. Bu çalışma, İnternet haklarına ve özgürlüklerine odaklanarak, bu amaca yönelik bir çaba göstermektedir. Çalışmada ilk olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayata, ifade özgürlüğüne ve siber uzaydaki milli güvenlik ihtilaflarına yaklaşımı ele

alınmaktadır. Takip eden bölümde, Mahkemenin İnternet hakları ve özgürlükleri ve çakışan milli güvenlik menfaatleri arasında denge kurmaya yönelik değerlendirmelerinin niteliğini ortaya koymak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen üç tane davanın bir analizi sunulmaktadır. Sonuç bölümünün ele almaya çalıştığı nihai amaç, özellikle çevrim-içi ifade özgürlüğünün Türkiye'de güç durumda olduğu bir dönemde, Türkiye'nin kendi İnternet Kanununu Avrupa birliği insan hakları rejimiyle nasıl daha uyumlu hale getirebileceği konusunda önerilerde bulunmaktır. Bu çalışma, Türkiye'nin çevrim-içi insan haklarının ve özgürlüklerin kullanılmasına yönelik saygı ve koruma seviyesini etik, sosyal ve yasal perspektiflerden düzenli olarak değerlendirmesi için bir çağrı niteliğindedir.

1. Giriş

İnsan hakları ile ilgili çok sayıdaki uluslararası yasal kaynak içinde hiçbirisi Türkiye için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kadar bir esin kaynağı değildir. AİHS'nin uygulanması, 1959 kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından sağlanır. Türkiye, AİHS'yi 1950'de imzalanmasından sadece 4 yıl sonra onaylayarak ve 1990 yılında AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini kabul ederek, Sözleşme altındaki yükümlülüklerine riayet etme ve Mahkemenin içtihatlarına tam olarak uyma sözü vermiştir. Sözleşmenin onaylanması ve daha sonra Avrupa Konseyine girilmesi, iç hukukun yasaların Avrupa'nın yerleşmiş standartları ile uyumlaştırılmasını gerektirmektedir. 2004 yılında Türk anayasasının 90'ıncı Maddesinin değiştirilmesi ile, ihtilaf olması halinde uluslararası hukukun iç hukuka göre önceliğe sahip olacağı kabul edilmiştir.¹ Bu, Türkiye'nin o dönemde Avrupa'nın yasal çevresine tam bağlılığını ifade etmektedir. Ankara şu anda üyelik adaylığından geri adım atma konusunda hala isteksizdir. Aynı zamanda, Avrupa Komisyonu Başkanı Jean-Claude Juncker'in sözleriyle, Avrupa'dan "dev adımlarla" uzaklaşmaktadır.²

AİHM 2017 yılında Türkiye ile ilgili 31.053 başvuru almıştır. Bunların 30.063 tanesi kabul edilmemiştir. Mahkeme 2017 yılında 116 tane kadar vermiştir; bunların 99 tanesinde en az bir Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ihlali olduğu belirlenmiştir. Türkiye bu sicille en fazla AİHS ihlali olan ikinci ülke olarak Rusya'nın arkasında yer almaktadır.³ Söz konusu 116 karar içinde 4 tanesinin Sözleşmenin 8'inci Maddesini ve 16 tanesinin 10uncu Maddesini ihlal ettiği tespit edilmiştir, bu da sırasıyla kararların %6'sına ve %14'üne karşılık gelmektedir.

Türkiye'nin 1959 ile 2017 yılları arasındaki AİHM sicili, Türkiye ile Avrupa insan hakları rejiminin yapısal farklılıklardan muzdarip olduğunun kanıtıdır. Hakkında 3.385 hüküm verilen 2.988 tanesinde AİHS'yi en az bir kez ihlal ettiği tespit edilen Türkiye, Rusya'yı da geçerek Sözleşmeye taraf diğer tüm devletlerin önünde yer almıştır. Bu hükümlerin 104 tanesi (%3) Sözleşmenin 8'inci Maddesi ve 281 tanesi (%9)

10uncu Maddesi ile ilgilidir.⁴ 2018 itibarıyla, başvuruların %13,3'ü mahkemede karara bağlanmamış durumdadır.⁵

Bu bölüm, Türkiye'nin İnternet konusundaki Avrupa insan hakları rejimine ilişkin anlayışını geliştirmek için AİHS'nin mevcut insan hakları standartlarına ve AİHM'nin yürütme mekanizmalarına dayanmaktadır. Ayrıca bu bölümde AİHM'nin özel hayat, ifade özgürlüğü ve siber uzaydaki milli güvenlik ihtilafları ile ilgili uygulamaları belirtilmektedir. Asıl amaç; İnternet bağlamında standart belirlemenin önemini vurgulamak ve Türkiye'nin İnternet ile ilgili standartlarını nasıl Avrupa rejimi ile daha uyumlu hale getirebileceğini araştırmaktır. Bu bölümün sağladığı katma değer, bu noktadadır: özellikle çevrim-içi ifade özgürlüğünün Türkiye'de güç durumda olduğu bir dönemde, İnternet'teki temel özgürlüklerin ve insan haklarının korunmasına ve kullanılmasına yönelik en iyi uygulama araçlarını sunmaktadır.

AİHS tarafından özel ve aile hayatına saygı hakkı (Madde 8) ve ifade özgürlüğü hakkı (Madde 10) için garanti edilen hükümlerin özü tartışılacaktır. Bunlar, bireysel haklar ve özgürlüklerin düzgün kullanılması konusunda Sözleşmeye Taraf Devletlere (Devletler) yol gösteren ve olanak sağlayan göstergeler olarak kabul edilmektedir. Madde 8 ve 10 ile ilgili tartışma, bir Devletin bir hakkın ya da bir özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmesi için bir gerekçe görevi gören yasal zeminin açıklaması ile ilgilidir. Bu çalışma, meşru kısıtlamalara olanak veren "meşru hedeflerin" ilki olarak Madde 8 ve 10'un 2nci paragrafında bahsedilen milli güvenliğe özel olarak odaklanmaktadır. Bununla birlikte, Avrupa Konseyinin "Milli Güvenlik ve Avrupa İctihadi" raporunda, milli güvenlik teriminin biraz muğlak tanımlandığı ve bu durumun da bu kavrama bir derece esneklik sağladığı kabul edilmektedir.⁶

Son derece karmaşık casusluk ya da terör şekillerinin Devletlerin milli güvenliklerini korumak için önlemler almalarını gerektirdiği hususunda şüphe olmamakla birlikte, devletlerin bu mücadele uğruna sınırsız takdir kullanmalarına (AİHM

¹ Arslan, Murat (2009): Comparing Constitutional Adjudication A Summer School on Comparative Interpretation of European Constitutional Jurisprudence, University of Trento, <<http://www.jus.unitn.it/cocoo/papers/PAPERS%204TH%20PDF%5CJudges%20Turkey%20Arslan.pdf>>

² EURActiv (2017): "Juncker says Erdogan's Turkey is taking giant steps away from the EU", <<https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/juncker-says-erdogans-turkey-taking-giant-steps-away-from-eu/>>

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2017): İstatistikler, <https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2017_ENG.pdf>

⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (1959-2017): İstatistikler, <https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_ENG.pdf>

⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2018): İstatistikler, <https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2018_BIL.pdf>

⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Dairesi (2013): Milli Güvenlik ve Avrupa İctihadi, <<https://rm.coe.int/168067d214>>

yargı yetkisi altında) izin verilmemektedir. Mevcut haklar ve özgürlükler ile milli güvenlik mülahazaları arasında denge kurulması, AİHS'nin "üç aşamalı test" adını verdiği esas bir yasal karar verme sürecini kapsamaktadır. AİHM tarafından daima aynı şekilde uygulanan bu test, Devletlerin Sözleşme tarafından garanti edilen haklardan- örneğin milli güvenliğin korunması için aşırı çevrim-içi sansür ya da gözetleme yoluyla - orantısız ya da keyfi olarak mahrum bırakarak yetkilerini kötüye kullanmamalarını sağlamaktadır. Bir Devlet Mahkemenin kararını tanımazsa, Sözleşmenin hükümleri doğrudan ya da dolaylı olarak bağlayıcıdır, yani Mahkeme para cezaları verebilir ya da Devlet, Mahkemenin kararı nedeniyle uluslararası saygınlığını riske atabilir. Mahkemenin hükmü tabiiyet bakımından tespit niteliğindedir: AİHM'nin başka bir Devlete karşı verdiği karar Türki-

ye'nin de eşit derecede uyması gereken ve böylece kendisini olası ihlal hükümlerine karşı koruyabileceği bir referans görevi görür.

Bu tartışmayı, üç AİHM davasının bir analizi takip etmektedir. Bunun amacı, Mahkeme tarafından verilen tüm ilgili kararların kapsamlı bir listesini sunmak değildir. Daha çok, İnternet bağlamında Madde 8 ve 10'da güvence altına alınmış haklar ile milli güvenliğin meşru hedefi arasında bir denge kurulması konusunda- sorulan sorular ve öncelik verilen konular açıklığa kavuşturularak - AİHM'nin değerlendirmesinin niteliğini ortaya koymak amaçlanmıştır. Sonuç bölümünde, Türkiye'nin İnternet Kanununun (5651 Sayılı Kanun) Avrupa insan hakları standartları ile daha uyumlu hale getirilmesine yönelik tavsiyeler sunulmaktadır.

2. Bir "canlı belge" olarak AİHS ve İnternet'e insan-merkezli insan hakları yaklaşımı

Sözleşme, 1950 yılında imzalanmasından bu yana AİHM'nin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun ve Avrupa Konseyinin çalışmaları ile ilerletilmiş ve kapsamı genişletilmiştir.⁷ Bir *canlı belge*⁸ olarak adlandırılan Sözleşme sağlanan hakları sürekli olarak genişletmekte ve bunları daha önceden akla gelmeyen durumlara uygulamaktadır. AİHS'ye dayanarak hazırlanan "İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Kılavuzu"nda ve AİHM tarafından yorumunda, Avrupa Konseyi temel özgürlüklerin ve insan haklarının çevrim-içi ve çevrim-dışı olarak eşit ölçüde geçerli olduğunu beyan etmiştir.⁹ Avrupa Konseyi, bu beyanat yoluyla, hiçbir İnternet kullanıcısının haklarını ve özgürlüklerini kullanmasına gayri meşru, gereksiz ve orantısız müdahaleye tabi tutulmamasını sağlayarak Türkiye gibi Devletlerin İnternet bağlamındaki haklara ve özgürlüklere riayet etmesini zorunlu kılmıştır.¹⁰ Aslına bakılırsa ifade özgürlüğü, *Türkiye'ye karşı Yıldırım* davasında aşağıdaki ifadeler kullanılarak İnternet'in temel bir değeri olarak tanınmıştır:

"İnternet artık kişilerin ifade ve bilgi edinme özgürlüğü haklarını kullanmalarının başlıca yollarından biri haline

*gelmiştir; bu haliyle siyasi konulardaki ve genel konulardaki etkinliklere ve tartışmalara katılmak için asli araçlar sağlamaktadır."*¹¹

Estonya'ya karşı Delfi AS davası, Sözleşmenin- İnternet'i "somut" ilkelere tabi tutarak- çevrim-içine ve çevrim-dışına bir örnek yaklaşımını göstermek için yaygın olarak atıf yapılan başka bir davadır. Bu davada, mesajın niteliğine rağmen ve ticari olarak kullanıldığında dahi, Sözleşmenin 10'uncu Maddesinin İnternet'e ayrımcı olmayan şekilde uygulanması onaylanmıştır.¹² Yine bu davada Mahkeme, Sözleşmenin 8'inci maddesinin ihlal edilmesi riskinin matbu basına kıyasla web'de daha yüksek olduğunu tanıdığı, aynı şekilde konuşma ve ifade özgürlükleri sağlama potansiyelini kabul etmiştir.¹³ Dolayısıyla bu dava, AİHM tarafından eşit derecede korunan iki çakışan çıkarın tartışılması ile ilgilidir.

Modern teknolojilerin etkisini kabul eden Mahkeme, *Almanya'ya karşı Weber ve Saravia*¹⁴ davasında 8'inci Madde'nin kapsamını e-posta iletişimini de içerecek şekilde

⁷ Macovei, Monica (2004): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10uncu Maddesinin Uygulanması için bir Kılavuz, <<https://rm.coe.int/168007f48>>

⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (n.d): 50 soruda AİHS, <http://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_ENG.pdf>

⁹ Avrupa Konseyi (2014): İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Kılavuzu, <<https://rm.coe.int/16804d5b31>>

¹⁰ a.g.e.

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'ye karşı Yıldırım, No. 3111/10, [54]

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2015): İnternet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı, <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf>, p. 17

¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Estonya'ya karşı Delfi AS, No. 64569/09, [133]

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Almanya'ya karşı Weber ve Saravia, No. 54934/00, [77]

genişletmiştir. İnternet'e erişim, *Estonya'ya karşı Kalda* davasında herkesin sahip olduğu bir hak olarak onaylanmıştır. Sayısız davada, İnternet'in bir kamu hizmeti değeri tanınmıştır. Bu kamu hizmeti değerini desteklemeye yönelik önlemler, 2007 yılında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.¹⁵ Bunlar AİHS'nin yorumlayıcı tekniğinin ve AİHM tarafından uygulanan yasal karar verme sürecine çağdaş yaklaşımının örnekleridir.

Sözleşme uyarınca ulusal mahkemeler, bireysel hakların ve özgürlüklerin serbestçe kullanılmasının sağlanmasında ilk ve en önde gelen konuma sahiptir. Mahkemeye yapılacak başvuruların, ancak tüm iç hukuk yolları tükendikten sonra yapılmalıdır, yani Mahkeme ancak son başvuru yeri olabilir. Bu nedenle AİHM'nin birincil hedefi, Devletlerin *kendi* ilgili hükümetlerinin ve mahkemelerinin yürütmesi yoluyla bireysel hak ve özgürlüklerin garanti edilmesidir. Sözleşmeye Taraf Devletlerin neredeyse tümü Sözleşmenin hükümlerini kendi ulusal mevzuatlarına entegre ettiklerinden, ulusal yargıçlar Mahkemenin hukuk sistemine bir standart belirleyici olarak uyum sağlamaktadır. Devletlerin, Sözleşmenin karar verme sürecinin sıralamasındaki bu önceliklendirmesi, Türkiye gibi Devletlere ulusal hukuk sistemlerinin AİHM'nin değişen değerlerine ters düşmemesini sağlama yükümlülüğü getirmektedir. Türkiye'nin daha derin yapısal farklılıklara uyum sağlarken buna ne kadar ayak uyduraca-

ğı, kuşkusuz Avrupa insan hakları rejimi ile ne kadar iyi etkileşim içinde olacağını belirleyecektir. Türkiye için başlıca zorluk, siber uzaydaki düzenlemeleri de dahil olmak üzere AİHM'nin değişen standartlarının farkında olması ve bunları kabullenmesidir.

Avrupa'nın yaklaşımı konusunda eşit derecede açıklayıcı olan bir husus, İnternet yönetiminin bir ilkesi olarak İnternet kullanıcılarına hakları ve özgürlükleri konusunda bilgi ve güç verme vizyonudur. Bu yaklaşım, İnternet'e insan-temelli ve insan hakları perspektifli bir yaklaşım olarak Bakanlar Komitesinin 2011 tarihli "İnternet Yönetimi İlkeleri hakkında Deklarasyon"unda tasdik edilmiştir.¹⁶ Benzer bir İnternet yönetimi anlayışı geliştirmeye yönelik çabalar, Türkiye'nin standartlarını Avrupa'nın standartlarına yaklaştırabilir.

Türkiye, İnternet kullanıcılarını çevrim-içi yaptıkları farklı seçimler ve bu tür kararlara rıza göstermenin bedelleri konusunda bilgilendirmek için çaba göstermelidir. İnternet kullanıcılarının, haklarına ilişkin sınırlamalar ve mevcut düzeltme mekanizmaları hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlamalıdır. Dahası, yönetim hesap verebilirlik ve şeffaflık mekanizmalarının değerlendirilmesi de dahil olmak üzere, çevrim-içi insan hakları ve özgürlüklerinin kullanımına olan saygısını ve korumasını etik, sosyal ve yasal açılardan düzenli olarak değerlendirmelidir.

3. AİHS'nin 8'inci Maddesi: Özel ve aile hayatına saygı

İnternet'in hızla yaygınlaşması ve benzer teknolojilerin ortaya çıkışı, bireylerin iletişim kurma şekillerinde devrim yaratmıştır. İnternet teknolojisinin yönlendirildiği yer devletlerin iletişimlerini izlemelerine, bunları ayrıntılı ve bazen müdahaleci profillemeye tabi tutmalarına ve bireylerin özel hayatlarını analiz etmelerine olanak vermektedir. Satın alınan eşyalar, ziyaret edilen web siteleri, dahil olunan forumlar, izlenen filmler ya da okunan kitaplar, bir bireyin özel hayatı hakkında büyük miktarda ayrıntı sağlayan iletişim verisi parçalarıdır. İletişim verilerinin çıkarılıp alınması yoluyla gözetleme uygulamaları ifade özgürlüğü hakkı ile yakından bağlantılı olabilecek olmakla birlikte (örneğin, bir haber kaynağının kimliğini öğrenmek için devlet güçlerinin kullanılması durumunda), bunlar genellikle sadece Madde 8'e göre değerlendirilmektedir.

AİHS'nin 8'inci Maddesi, özel ve aile hayatına saygı hakkını aşağıdaki ifadelerle korumaktadır:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmuş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir".¹⁷

¹⁵ Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi (2016): Bakanlar Komitesinin üye devletlere internet'in kamu hizmeti değerini yükseltmeyi amaçlayan tedbirler hakkındaki CM/Rec(2007)16 sayılı Tavsiye Kararı, <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d4a39>

¹⁶ Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi (2011): Bakanlar Komitesinin İnternet yönetimi ilkeleri hakkındaki deklarasyonu, 21 Eylül 2011 tarihinde kabul edilmiştir, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Decl%2821.09.2011_2%29&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorIntranet=DBCDF2&BackColorLogged=FDC864&BackColorLogged=FDC864-%20EN&direct=true>

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2016): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8inci Maddesi hakkında Kılavuz, <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf>

Paragraf 1 (Madde 8 Ş1) Sözleşmeye Taraf bir Devletin bireylere garanti etmesi gereken hakları belirtirken, paragraf 2 (Madde 8 paragraf 2 (Ş2), Madde 8 Ş1'de sağlanan hakların mutlak olmadığını doğrulamaktadır. Bu, Türkiye için temel bir çıkarımdır: Devlet, özel ve aile hayatına saygıdan yararlanılmasını meşru olarak kısıtlayabilir; ancak bu katı bir yorumlamaya tabi olarak sadece belirli koşullar altında söz konusu olabilir.

8'inci Maddenin uygulanabilmesi için, Mahkeme ilk olarak bireyin kısıtlandığını beyan ettiği hakkın Madde 8 Ş1 tarafından garanti edilip edilmediğini değerlendirir, yani 8'inci madde özel hayat, aile hayatı, konut ve yazışmadan oluşan dört menfaatten en az bir tanesi ile ilgili olan durumlar için uygulanabilir. Ev adresi gibi kişisel bilgilerin korunması ve saklanması daima Sözleşmenin 8'inci Maddesinin kapsamına girer.¹⁸ Bu uygulanabilirlik değerlendirmesi, 8'inci Maddenin anlamı dahilinde nelerin özel hayat ya da konut kapsamına girdiğine ilişkin bir tartışmaya yol açmaktadır. Birçok davada ifade edildiği gibi (örneğin bkz. *Fransa'ya karşı E.B.; Almanya'ya karşı Niemietz; İngiltere'ye karşı Pretty; İngiltere'ye karşı Peck*), bu terimler kapsamlı bir şekilde tanımlanamaz. Buna karşılık, bu tür katı bir tanım olmaması, Mahkemenin içtihadının teknolojik ve diğer sosyal gelişmeler ışığında gelişmesine ve Mahkemenin yorumlayıcı tekniğini pekiştirmesine olanak verir.

Mahkeme, ilgili hakkın Madde 8 Ş1'in kapsamına girmediğini belirlerse, şikâyet bu noktada sona erer. Öte yandan Madde 8'in geçerli olması halinde, Mahkeme, söz konusu müdahale için Madde 8 Ş2'de belirtilen durumların gerekçe gösterilip gösterilemeyeceğini dikkate alır. Çevrim-içi iletişim verilerinin izlenmesi yüksek bir izinsiz müdahale potansiyeline sahip olduğundan, Devletlerin özel hayatı izlemesine izin verilebilecek amaçlar katı bir biçimde sıralanmıştır. Buna göre bir Devlet, milli güvenliğin menfaatine olması durumunda örneğin çevrim-içi kişisel bilgilerin toplanması ve saklanması yoluyla özel hayata meşru bir biçimde müdahale edebilir. Aslına bakılırsa *İsviçre'ye karşı Kopp* davasında Mahkeme, "[...] milli güvenlik tehlikede olduğunda [...] dinlemenin yasaklanması gereken bir konuşma olama-

yacağı" belirtmiştir.¹⁹

Terör şüphelileri ile ilgili durumlarda, Devletler özellikle geçmiş terör faaliyetlerine dahil olmuş bireyler hakkındaki bilgilerin saklanması açısından daha geniş bir "takdir payına"²⁰ sahiptir.²¹ Bu farklılık, Mahkemenin yasal karar verme sürecini açıklamaktadır: Mahkeme, kişisel verilerin toplandığı ve saklandığı spesifik bağlamın yanı sıra ilgili bilgilerin niteliğini dikkate alır.

Aynı zamanda Mahkeme, bu tür her türlü izlemenin gereken şekilde denetlenmesini öngörmektedir. Bir İnternet kullanıcısı, hangi kişisel verilerin ne zaman, kim tarafından ve hangi nedenle işlendiğini ve üçüncü taraflara aktarıldığını bilmelidir.²² Ayrıca Devlet, gizli gözetleme hususunda, ilgili hizmetlerin denetimine ilişkin yasal garantileri de sağlamalıdır. Bunlar olası önlemlerin kapsamını, niteliğini ve süresini, bunlara ilişkin talimat verilmesi için gerekli nedenleri, söz konusu önlemleri onaylayan, yürüten ve denetleyen yetkili makamları ve iç hukuk kapsamında sağlanan çözüm yollarını ya da ilgili tüm diğer koşulları içerebilir. Aksi halde, Devletin gizli gözetleme yürütmesi, demokrasinin işleyişinin devamlılığını sağlamak yerine istikrarsızlaştırabilir. Bunun Türkiye için anlamı açıktır: özel hayatın gizliliğinin etkili bir biçimde işleyişi, demokrasinin tanımlayıcı bir niteliğidir, bunun yokluğu olası en fazla şüphelilik ile ele alınmalıdır.

Dava 8'inci Maddenin kullanılmasına yönelik bir kısıtlama ile ilgili olduğunda, Mahkeme söz konusu müdahalenin "hukuka uygun" olup olmadığına, "meşru bir amaç" izleyip izlemediğine ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına karar verecektir. Bu üç parçalı yaklaşım, aşağıda daha ayrıntılı olarak anlatılmaktadır. Mahkemeye sunulan başvurunun sadece bir Devletin müdahalesi ile ilgili olması şart değildir. Başvuru sahipleri, 8'inci Maddede güvence altına alınmış haklarını garanti etmek için gerekli gördükleri, ancak Devletin ya da diğer kamu makamlarının gerekeni yapmaları gerekirken yapmadıkları işlemler konusunda da şikayette bulunabilirler. Dolayısıyla bir Devlet, eylemlerinin (negatif yükümlülükler) yanı sıra ihmallerinden (pozitif yükümlülükler) de sorumlu tutulabilir.

¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (2015): İnternet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı, <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_internet_ENG.pdf> ve Kilkelly, Ursula (2003): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci Maddesinin Uygulanması için bir Kılavuz, <<https://rm.coe.int/168007ff47>>

¹⁹ Bulunduğu yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Dairesi (2013): Milli Güvenlik ve Avrupa İçtihadı, <<https://rm.coe.int/168067d214>>, sf. 9

²⁰ Bu doktrin, ulusal makamların kendi yasal ve kültürel geleneklerini dikkate alarak Sözleşme altındaki yükümlülüklerini karşılamaları için kendilerine sağlanmış olan manevra alanına (yani hoşgörü derecesi) atıfta bulunmaktadır.

²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İsveç'e karşı Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri*, No. 62332/00, [88]

²² Avrupa Konseyi (2014): İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Kılavuzu, <<https://rm.coe.int/16804d5b31>>

4. AİHS'nin 10'uncu Maddesi: İfade özgürlüğü

Halkı bilgilendirme hakkı ve halkın bilgi alma hakkı mutlak değildir ve karşılık gelen kamu menfaatlerinin riskte olması durumunda gözden çıkarılabilir. Kamu düzeni ve milli güvenlik, Mahkeme tarafından çevrim-içi ifade özgürlüğünün kısıtlanması için meşru gerekçeler olarak kabul edilmiştir, çünkü tehdit altındaki bir Devletin vatandaşlarına herhangi bir hak ya da özgürlüğü garanti edemeyeceği değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, milli güvenlik adına alınan önlemler Devletler tarafından siyasi gerekçelerle araç haline getirebileceğinden, Mahkeme tehlike altındaki farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurulmasını gerekli görmektedir. İfade özgürlüğü ile milli güvenlik arasındaki bu gerilim, Türkiye'den gelen davaları da içeren önemli sayıda davanın açılmasına neden olmuştur. "Mahkemenin, özellikle devletin toprak bütünlüğünü sarsabilecek propagandaların yasaklanması ile ilgili olarak, Türkiye'den terörle mücadele kanunu ile ilgili [Madde 10'a karşı] çok sayıda davayı ele alması gerekmiştir".²³ Mahkeme önüne getirilen davaların sayısı, bir Devletin iç hukuk yollarının etkililiğinin göstergesidir.

Sözleşmenin 10'uncu Maddesi aşağıdaki hükümleri içerir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

*2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."*²⁴

Birinci paragraf (Madde 10 §1), çevrim-içi ifade özgürlüğü

hakkının aşağıda belirtilen ve serbestçe ve kamu makamlarının müdahalesi olmadan kullanılabilmesi gereken unsurlarına işaret etmektedir:

- Kanaat özgürlüğü,
- Haber ve görüş alma özgürlüğü ve
- Haber ve görüş verme özgürlüğü.

Bireysel kanaatler tamamen bilinmeyeceği ve dolayısıyla düzenlenemeyeceği için, çevrim-içi kanaat sahibi olma özgürlüğü Madde 10 altında neredeyse mutlak bir korumaya sahiptir. Bakanlar Komitesine göre, "bu hakka yönelik herhangi bir kısıtlama, demokratik bir toplumun doğası ile tutarlı olmayacaktır".²⁵ Bu hakka yönelik kısıtlamalar, bir Devletin vatandaşlarına doktrin aşılama yönelik her türlü teşebbüsünü ya da kanaatlerine bağlı olarak belirli bireylere ayrımcılık uygulanmasını içermektedir.

Özellikle önemli olan bir husus, bir Devletin taraflı bilgileri desteklemesinin kanaat özgürlüğü için ciddi bir engel oluşturduğunun kabul edilmesidir. Çevrim-içi kanaat özgürlüğü, zit açıklamama özgürlüğünü de eşit derecede korumaktadır: Bir İnternet kullanıcısı, kanaatlerini çevrim-içi olarak açıklamamayı tercih edebilir.²⁶ AB'ye katılmak için çaba gösteren bir Avrupa Konseyi üyesi olarak, Türkiye'den de aynı kurallara uyması beklenmektedir.

Kullanıcılar, özellikle web'de içerik yaratmak, tekrar yaratmak ve dağıtmak için İnternet üzerinde bilgi alma ve verme hakkına sahiptir. Bilgi ve görüş verme hakkı sadece olumlu olarak kabul edilen ya da zararsız görülen bilgiler ve görüşler için geçerli değildir, aynı zamanda "inciten, şok edici ya da rahatsız eden" bilgi ve görüşler için de geçerlidir, "... [çünkü] bunlar, demokratik toplumun var olması için gerekli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık görüşlülüğün gerekleridir".²⁷ Genel olarak söylemek gerekirse, çevrim-içi bilgi ve görüş verme özgürlüğü İnternet kullanıcılarına açık ya da gizli olarak ne düşündüklerini ya da bildiklerini söyleme hakkı vermektedir. Bu garanti, demokrasinin ayrılmaz bir bileşeni olarak kabul edilen hükümetin serbestçe eleştirilmesine olanak vermektedir. Mahkemeye göre, görünüşte

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Dairesi (2013): Milli Güvenlik ve Avrupa İttihadi, <<https://rm.coe.int/168067d214>>, sf. 19

²⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (n.d.), <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>

²⁵ Dijk ve ark. (2006): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Teorisi ve Pratiği, sf. 413

²⁶ Almanya'ya karşı Vogt, bulunduğu yer: Macovei, Monica (2004): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10'uncu Maddesinin Uygulanması için bir Kılavuz, <<https://rm.coe.int/168007ff48>>

²⁷ İngiltere'ye karşı Handyside, bulunduğu yer: Mendel, Toby (n.d.): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10'uncu Maddesinin Yorumlanması ve Anlamı için bir Kılavuz, <<https://rm.coe.int/16806f5bb3>>, sf. 5

kusursuz olan seçimler bile, vatandaşların kendilerini tam olarak ifade etmelerine izin verilmemesi durumunda anlamlı kabul edilemez. Mahkeme, bilgi [gerçekler] ile kanaatler [değer yargıları] arasında açık bir çizgi çekerek, aşağıdakileri ifade etmiştir:

“Gerçeklerin var olduğu ispat edilebilir, oysa değer yargılarının doğruluğu kanıtı uygun değildir [...] değer yargılarına gelince, bu gerekliliğin yerine getirilmesi mümkün değildir ve bu gereklilik, Sözleşmenin 10’uncu Maddesi tarafından güvenceye alınan hakkın temel bir parçası olan kanaat özgürlüğünü ihlal etmektedir.”²⁸

Buna göre 10’uncu Madde, tıpkı doğrulanabilecek bilgileri koruduğu gibi, doğruluğunun kanıtlanmasına tabi tutulmayacak kanaatleri, eleştirileri ya da spekülasyonları da korumaktadır. AİHS’nin ruhu işte buradadır: özellikle siyasetle ilgili değer yargıları, demokratik bir toplumun temel taşı oluşturduklarından özel bir korumadan yararlanmaktadır. 10’uncu Madde, bilgi ve görüş verme özgürlüğünün tamamlayıcısı olarak, olası tüm meşru kaynaklar vasıtasıyla bilgi ve görüş derleme ve arama hakkı da sağlamaktadır. Özellikle kamu menfaati ile ilgili konularda halkın yeterli düzeyde bilgilendirilme hakkı, bu özgürlüğün kullanımında garanti edilmiştir. Bu iki hak mutlak değildir ve İnternet kullanıcılarının haklarına ve demokratik bir toplumun ihtiyaçlarına göre tartılmalıdır. Nefret söylemi demokratik bir toplumun ihtiyaçları arasında olmadığından, AİHS’nin 10’uncu Maddesi tarafından hiçbir durumda korunmamaktadır.²⁹

8’inci Maddenin yapısına benzer şekilde, Madde 10 §2’den de çevrim-içi ifade özgürlüğü hakkının koşulsuz olmadığı sonucu çıkmaktadır. Ancak bu şartların ve rehberlik ve çözüm arama yollarının İnternet kullanıcısı tarafından bilinmesi sağlanmalı ve amacını sağlamak için tam anlamıyla gerekli olandan daha kapsamlı olmamalı ya da daha uzun sürdürülmemelidir.³⁰ Aslına bakılırsa Mahkeme, kamu menfaati ile ilgili konularda Madde 10 §2’nin kısıtlamalar için çok az hareket alanı bıraktığını defalarca belirtmiştir. Yasal açıdan, kamu menfaatine katkıda bulunan yorumlar genel-

likle yüksek düzeyde bir ifade özgürlüğü korumasından yararlanmaktadır, yani Devlet makamlarına bırakılan takdir hakkı bilhassa sınırlıdır.³¹ Bununla birlikte, siyasi tartışmaya serbest katkıya saygı duyulması açısından, İnternet de eşit derece tetkike ve korumaya tabidir. Kamu menfaatine olan bir tartışma bağlamında dahi, ifşaat sonucunda kamu makamlarının ya da bireylerin maruz kaldığı zararlar nefret ya da şiddete teşvik oluşturmamalıdır (örneğin bkz. *Türkiye’ye karşı Sürek ve Özdemir*³²). Bireylerin, belirli sınırları aşmadıkları, yani başkalarının haklarına saygı duydukları kadarıyla, kamuyu ilgilendiren konularda bir dereceye kadar abartma ve hatta kışkırtma yapmalarına ya da biraz aşırı beyanlarda bulunmalarına izin verilir.³³

Avrupa Konseyi tarafından yayınlanan Sözleşme Uygulama Kılavuzundan³⁴ esinlenen aşağıdaki bölümde, Madde 10 §2’de bulunan belirli tabirlerden anlamlar çıkarılmaktadır. Söz konusu Kılavuzda, ifade edilen görüşlerin Avrupa Konseyine değil yazara ait olduğu belirtilmekle birlikte, Mahkemenin karar verme sürecinde dikkate aldığı etken türlerini ortaya koymaktadır.

“[...] bu özgürlüklerin kullanılması [...] tabi tutulabilir [...]”

Kılavuzda, Madde 10 §2 uyarınca, ulusal makamların çevrim-içi ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına sadece kısıtlayıcı bir önlem uygulama seçeneklerinin olduğu (“*tabi tutulabilir*”) ve böyle bir yükümlülüklerinin olmadığı belirtilmektedir.

“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması[...]”

Bu tabir, Sözleşmeye özgüdür. İnternet üzerinde önemli bir varlığa sahip olan basın için, bilgi alma ve verme özgürlüğü ve bunun için sağlanan garantiler bilhassa önemlidir, çünkü basının kamu menfaatini ilgilendiren konularda bilgi ve görüş verme görevi vardır.³⁵ Halkın bilgi alma hakkı, basının işini özgürce yapabilme yeteneğine bağlıdır (örneğin

²⁸ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avusturya’ya karşı Lingens*, No. 9815/82

²⁹ Avrupa Konseyi (2014): İnternet Kullanıcıları için İnsan Hakları Kılavuzu, <<https://rm.coe.int/16804d5b31>>

³⁰ a.g.e.

³¹ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Almanya’ya karşı Axel Springer AG*, No. 39954/08, [90]

³² Bulunduğu yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Dairesi (2013): Milli Güvenlik ve Avrupa İçtihadı, <<https://rm.coe.int/168067d214>>, sf. 17

³³ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Fransa’ya karşı Willem*, No. 10883/05, [33]

³⁴ Macovei, Monica (2004): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10’uncu Maddesinin Uygulanması için bir Kılavuz, <<https://rm.coe.int/168007ff48>>

³⁵ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İngiltere’ye karşı Observer ve Guardian*, No.13585/88

bkz. *İngiltere'ye karşı Observer ve Guardian*³⁶). Bu nedenle, gizli bilgileri ifşa eden bir gazeteciye uygulanan yaptırım halkın almaya hakkı olan bilgilere erişimini hiçbir şekilde kısıtlamamalıdır ve bu nedenle özellikle zorunlu nedenler ile gerekçelendirilmelidir.³⁷ Uygulanan önlem, basını eleştirileri dile getirmekten ya da bilgi tedarikçisi ve kamu gözlemcisi görevini yapmaktan caydırmaya yönelik bir sansür biçimi düzeyine ulaşmamalıdır.

Türkiye'deki basın özgürlüğünün durumu, Türkiye'nin Avrupa'nın gözündeki imajını lekelemektedir. AİHM 2017 yılında basın özgürlüğü ve gazeteciler ile ilgili başvurulara öncelik vereceğini beyan etmiştir; bu duruma büyük ihtimalle Türkiye, Rusya ve Azerbaycan neden olmuştur.³⁸ Türkiye, bir önceki yıla göre dört sıra gerileyerek 2017 Basın Özgürlüğü Endeksinde 180 ülke içinde 155'inci sırayı almıştır.³⁹ Bir Alman-Türk gazeteci olan Deniz Yücel'in hapse atılması ve bir yıldan fazla süre hapiste kalması, Alman-Türk ilişkileri için ciddi bir sorun olmuştur.⁴⁰ Şu anda Türkiye, 2017 itibarıyla hapiste olan 73 gazeteci ile tüm dünyada en fazla gazetecinin hapiste olduğu ülkedir.⁴¹ Türkiye, basın özgürlüğünün tanımı ve uygulanması konusunda AİHS ile ortak bir zemine sahip değildir.

"[...] bu özgürlüklerin kullanılması [...] bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir [...]"

Kılavuza göre, bu tabirden çevrim-içi ifade özgürlüğünün kullanılmasına yapılan müdahalelerin kapsamının- cezai hükümler, tazminat ödeme yükümlülükleri, hapis, yayın yasağı ya da meslekten men dahil olmak üzere- çok geniş olduğu sonucu çıkmaktadır.⁴² Mahkeme, birçok müdahale içinde adli hükümleri ve hapsi, çevrim-içi ifade özgürlüğü-

nün kullanımı için en tehdit edici müdahaleler olarak kabul etmektedir. Mahkeme, nispeten önemsiz miktarlarda olsa da para cezalarının sansüre sebep olup halk tartışmalarını önleyebileceğini savunmaktadır.

*"[...] siyasi tartışma bağlamında bu tür bir cezanın gazetecileri toplumun yaşamını etkileyen konulardaki halk tartışmalarına katkıda bulunmaktan alıkoymasına muhtemeldir. Aynı şekilde bu tür bir yaptırım, basının bilgi tedarikçisi ve kamu gözlemcisi görevlerini yapmasını engelleyebilir."*⁴³

10'uncu Madde basına yazılı olarak açık bir şekilde atıfta bulunmamakla birlikte, Mahkeme tarafından geliştirilen kapsamlı ilkeler ve kurallar kümesi, basına 10'uncu Madde altında korunan özgürlüklerden yararlanma konusunda öncelikli bir konum vermektedir. Basının "siyasi gözlemci" olarak statüsü ilk olarak, ulusal mahkemelerin bir gazeteciye küçültücü ifadeler kullandığı iddiasıyla verdiği para cezasının Mahkeme tarafından kanaatlerin kanıtlanmasının istenemeyeceği gerekçesiyle reddedildiği *Avusturya'ya karşı Lingens* davasında⁴⁴ onaylanmıştır.

Bilgi açısından bile, Mahkeme "iyi niyetli savunmanın" basına "bir hata payı" sağladığını kabul etmiştir.⁴⁵ Mahkeme, *Romanya'ya karşı Dalban* davasında, "olayların makalelerde verilen açıklamasının tamamen yanlış olduğu ve bir iftira kampanyasını körüklemek için tasarlandığı yolunda herhangi bir kanıt mevcut değildir" hükmüne varmıştır.⁴⁶ Bu hüküm, bir yayının meşru bir amaç taşıdığı, konunun halkı ilgilendiren bir konu olduğu ve bilgileri doğrulamak için gerekli önlemlerin alındığı durumlarda, yukarıda bahsedilen bilgilerin yanlış olduğu kanıtlanırsa bile basının yasal olarak sorumlu tutulamayacağını göstermektedir.

³⁶ a.g.e.

³⁷ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Moldova'ya karşı Timpul Info-Magazin ve Anghel, No. 42864/05

³⁸ Hurriyet Daily News (2017): Euro court to prioritize applications regarding press freedom, journalists (Avrupa mahkemesi basın özgürlüğü ve gazeteciler ile ilgili başvurulara öncelik verecek), <<http://www.hurriyetdailynews.com/euro-court-to-prioritize-applications-regarding-press-freedom-journalists-113792>>

³⁹ Sınır Tanımayan Gazeteciler (n.d.): Journalism engulfed by the purge (Gazetecilik tasfiye girdabında), <<https://rsf.org/en/turkey>>

⁴⁰ BBC News (2017): German Die Welt reporter Deniz Yücel to leave Turkey jail (Alman Die Welt muhabiri Deniz Yücel Türkiye'de haptisten çıkıyor), <<http://www.bbc.com/news/world-europe-43083469>>

⁴¹ Hurriyet Daily News (2017): Turkey worst in world for jailed journalists for second year: CPJ report (Türkiye hapisteki gazeteciler için iki yıl üst üste dünyadaki en kötü ülke: CPJ raporu), <<http://www.hurriyetdailynews.com/turkey-worst-in-world-for-jailed-journalists-for-second-year-cpj-report-124100>>

⁴² a.g.e., sf. 25

⁴³ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avusturya'ya karşı Lingens, No. 9815/82

⁴⁴ a.g.e.

⁴⁵ a.g.e.

⁴⁶ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Romanya'ya karşı Dalban, No. 28114/95

5. Üç aşamalı test: AİHM'nin standart değerlendirmesi

Madde 8 §2 ve Madde 10 §2'de sıralandığı gibi, ulusal makamlar bu hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına meşru bir şekilde müdahale edebilirler. Anca bu tür bir müdahale, ancak aşağıdaki koşulların verildikleri sırayla karşılanması durumunda meşru olabilir:

- "Müdahalenin ("formalite", "koşul", "sınırlama" ya da "yaptırım") yasa ile öngörülmesi;
- Müdahale, aşağıdaki menfaatlerden ya da değerlerden birini ya da daha fazlasını korumayı amaçlıyorsa: milli güvenlik; toprak bütünlüğü, kamu güvenliği; kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi; sağlığın, ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması; gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması;
- Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması.⁴⁷

5.1. Yasalara Uygunluk

Yasalara uygunluk Mahkemenin üç aşamalı testinin temel ilkelerinden birisidir ve özel ve aile hayatına saygı hakkına ya da ifade özgürlüğüne yönelik tüm tedbir kararlarının sağlam bir hukuki gerekçeye sahip olmasını gerektirmektedir. Bu ilke aynı şekilde karşı önlemin öngörülebilir, açık ve ilgili şahıs için yeterli ölçüde erişilebilir olmasını ve söz konusu şahsın seçimlerinin sonuçlarını makul şekilde değerlendirebilmesine olanak vermesini de kapsamaktadır.⁴⁸ Örneğin Mahkeme, *İsviçre'ye karşı Vukota-Bojić*⁴⁹ davasında 8'inci Maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir, çünkü başvuru sahibinin gözetlenmesi için yasal gerekçe görevi gören ulusal yasal hükümler açık ve kesin değildir. Gizli gözetlemenin milli güvenlik çıkarına kullanıldığı durumlarda, "öngörülebilirlik" kriteri bireylerin polis ne tür kontroller gerçekleştirebileceğini kestirmelerini gerektiremez. Aksine, Mahkeme *İsveç'e karşı Leander* davasında, iç hukukun yasaların bireylere kamu makamlarının gizli gözetlemeye başvurularına olanak verecek koşullar hakkında açık bir şekilde uygun bildirimde bulunmasının yeterli olduğunu öne sürmüştür.⁵⁰ Bu, Mahkemenin davaya göre yaklaşımının bir örneğidir.

Mahkeme söz konusu müdahalenin iç hukukta yer almadığını tespit ederse, sorumlu Devletin açıkça ihlal halinde olduğuna karar verir. Mahkeme, müdahalenin "meşru bir amaç" güdüp gütmeyeceğini ya da "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına yönelik başka değerlendirme yapmaz.⁵¹ Kriterlerin- iç hukuk gerekliliklerinin meşru müdahale için ilk ön-gereklilik olduğu- sıralaması, Mahkemenin Devletlerin hukuk sistemlerinin nitelikli uygulamasına öncelik verdiğinin kanıtıdır. Bu durum, Türkiye'ye ve aynı şekilde Sözleşmeye Taraf Devletlere, AİHM ile "geçinmenin" kendi iradelerine bağlı olduğu hususunda güvence vermelidir.

5.2. Meşruluk

Kısıtlamanın ilk kriteri geçmesi durumunda, Mahkeme meşru bir amaç güdüp gütmeyeceğini değerlendirecektir. Tekrar özetlemek gerekirse, bir müdahalenin mahkeme tarafından meşru görülebilmesi için, Devlet herhangi bir amaç göstermez. Aslına bakılırsa, 8'inci ve 10'uncu Maddelerin ikinci paragrafları, söz konusu hakların ve özgürlüklerin kısıtlanmasına olanak veren meşru amaçları kesin bir biçimde açıklamaktadır. Örneğin, milli güvenlik kavramı Sözleşmenin 9'uncu Maddesinde (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı) meşru bir amaç olarak listelenmediğinden, milli güvenlik gerekçesiyle yapılan herhangi bir Devlet müdahalesi söz konusu hakkın açık bir ihlali olacaktır. Mahkeme, bir Devletin milli güvenliğini korumaya yönelik müdahaleler bakımından, güdülen amacın meşruluğunu genellikle kabul etmekte ve söz konusu devlete geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Aslına bakılırsa *İsviçre'ye karşı Kopp* davasında Mahkeme, milli güvenliğin tehlikede olması halinde dinlemenin yasaklanması gereken bir konuşma olamayacağı hükmüne varmıştır.⁵²

5.3. Gereklilik

Mahkemenin devletin milli güvenlik gerekçeli takdirlerini kabul etme eğilimi, dikkatleri gereklilik kriterine çekmektedir. Bu, üç aşamalı testin en açık uçlu ve karmaşık aş-

⁴⁷ Macovei, Monica (2004): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10'uncu Maddesinin Uygulanması için bir Kılavuz, <<https://rm.coe.int/168007ff48>>, sf. 29

⁴⁸ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Fransa'ya karşı Ekin, No. 39288/98

⁴⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İsviçre'ye karşı Vukota-Bojić, No. 61838/10

⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Dairesi (2013): Milli Güvenlik ve Avrupa İhtihadı, <<https://rm.coe.int/168067d214>>, sf. 8

⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hollanda'ya karşı M.M., No. 39339/98, [46]

⁵² Bulunduğu yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Araştırma Dairesi (2013): Milli Güvenlik ve Avrupa İhtihadı, <<https://rm.coe.int/168067d214>>

masına karşılık gelmektedir. İlk olarak, demokratik bir toplumu oluşturan özellikler ayrıntılı olarak tanımlanmamıştır. Bununla birlikte bazı göstergeler mevcuttur; Mahkeme, *İngiltere'ye karşı Dudgeon*⁵³ davasında, açık görüşlülüğe ve hoşgörüyü "demokratik" bir toplumun iki direği olarak atıfta bulunmuştur.

Madde 8 §2 ve Madde 10 §2'de açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, gereklilik koşulu bazı unsurları akla getirmektedir: önlem, acil bir sosyal ihtiyaca hizmet etmelidir; güdülen meşru amaçlar orantılı olmalıdır⁵⁴ ve Mahkeme, Devlet tarafından sunulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunu onaylamalıdır.⁵⁵ Orantılılık ilkesi, söz konusu müdahalenin mevcut en az müdahaleci yöntem olmasını gerektirir. Mahkeme, *Almanya'ya karşı Uzun* davasında, GPS gözetlemesinin diğer görsel ya da işitsel gözetleme yöntemlerine kıyasla bir bireyin özel hayatına daha az müdahale ettiğini,⁵⁶ oysa gizli gözetlemenin ancak demokratik kurumları korumak için gerekli olduğunda hoş görülebileceği belirtmiştir.⁵⁷

Görünüşe göre Mahkeme, aşırı sıkı ya da mutlak gereklilik yorumlarını kabul etmemekte, daha ziyade bir bireyin haklarını kullanmasının daima daha kapsamlı kamu menfaatine göre tartılması gerektiğini kabul etmektedir.⁵⁸ Prensip olarak, 8'inci Madde ile 10'uncu Maddenin amaçları açısından demokratik bir toplumda gereklilik koşulu, bireysel haklar ile Devletlerin kamu menfaatleri dengelenerek belirlenir. Mahkeme, bir müdahalenin gerekli olup olmadığını değerlendirirken, Devlet makamlarına bırakılan takdir hakkını da dikkate alır. Bu ilkedен, nelerin kısıtlanabileceği hususunun bir ülkeden diğerine değişebileceği sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, müdahalenin ardındaki acil sosyal ihtiyacın varlığının kanıtlanması Türkiye'ye bırakılacaktır.⁵⁹

Gereklilik ilkesi uyarınca, Mahkeme çok sayıda davada İnternet'in bilgileri kopyalama, yansıtma ve yayma kapasitesi

nedeniyle başka şekillerde bulunabilecek belirli içeriklere ilişkin yayınların kısıtlanmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kararına varmıştır.⁶⁰ Center for Democracy and Technology'ye (Demokrasi ve Teknoloji Merkezi) göre:

*"Gereklilik ilkesi, kullanıcı kontrollerinin mevcudiyetinin devlet kontrolünü gereksiz kıldığı bağlamlarda İnternet ile alakalı olabilir [...] İnternet etkileşimli bir ortam olduğundan, vatandaşlar geleneksel yayın aracı biçimlerine kıyasla nelerin bilgisayar ekranlarına ulaştığı (ya da ulaşmadığı) konusunda çok daha fazla kontrole sahiptir."*⁶¹

Kısıtlamanın ilk değerlendirmesinden ulusal makamların sorumlu olmasına rağmen, son değerlendirme Mahkemenin incelemesine tabidir. Mahkemenin üç koşulun hepsinin karşılandığına karar vermesi durumunda, Devletin müdahalesi meşru olarak kabul edilecektir, yine de üç koşulun hepsinin karşılandığını doğrulama yükü Devlete aittir. Ancak Mahkeme Devletin bu koşulları kanıtlamadığını tespit ederse, başka bir inceleme yapmaksızın müdahalenin gayri meşru olduğunu, yani hakların ve özgürlüklerin açık bir şekilde ihlal edildiğini kabul edecektir.

Bu kriterle ilgili ana zorluk, Sözleşmeye Taraf Devletlere sağlanan takdir hakkı ilkesidir. Avrupalı üye devletlerin Temmuz 2016'daki başarısız darbe girişiminin oluşturduğu gerçek tehdide ilişkin anlayışlarına Türkiye'nin duyduğu devam eden güvensizlik, Avrupa kurumlarının içtenliğine dair şüphelerin, bir Devletin uyumlaştırmaya ve daha fazla reforma yönelik güdülerini zayıflatabileceğini teyit etmektedir. AİHM'nin yaptığı tüm değerlendirmeler, bir Devlet ile daha kapsamlı Avrupa çerçevesi arasında güven olup olmadığını da dikkate almalıdır.

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İngiltere'ye karşı Dudgeon*, No. 7525/76, [53]

⁵⁴ Centre for Democracy and Technology (2011): "Regardless of Frontiers": The International Freedom of Expression in the Digital Age Discussion Draft, ("Sinirlara Bakmaksızın": Dijital Çağda Uluslararası İfade Özgürlüğü Tartışma Taslağı) <https://cdt.org/files/pdfs/CDT-Regardless_of_Frontiers_v0.5.pdf>

⁵⁵ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Norveç'e karşı Bladet Tromsø ve Stensaas*, No. 21980/93

⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Almanya'ya karşı Uzun*, No. 35623/05

⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İngiltere'ye karşı Kennedy*, No. 26839/05

⁵⁸ Kilkelly, Ursula (2003): Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci Maddesinin Uygulanması için bir Kılavuz, <<https://rm.coe.int/168007ff47>>

⁵⁹ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Polonya'ya karşı Piechowicz*, No. 20071/07, [212]

⁶⁰ Örneğin bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *İngiltere'ye karşı Observer ve Guardian*, No.13585/88

⁶¹ Centre for Democracy and Technology (2011): "Regardless of Frontiers": The International Freedom of Expression in the Digital Age Discussion Draft, ("Sinirlara Bakmaksızın": Dijital Çağda Uluslararası İfade Özgürlüğü Tartışma Taslağı) <https://cdt.org/files/pdfs/CDT-Regardless_of_Frontiers_v0.5.pdf>, sf. 25

6. Öne çıkan üç dava yoluyla AIHM içtihadının analizi

Bu bölümde şu ana kadar Madde 8 §1 altında korunan özel ve aile hayatına saygı hakkı ile Madde 10 §1 ile korunan ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun işleyişi için temel haklar oldukları, ancak milli güvenlik açısından mutlak haklar olmadıkları belirlenmiştir. Milli güvenliğe yönelik tehditleri değerlendirirken ve- hukuka uygun gerekçelerinin olması, güdülen meşru amaçla orantılı olması ve demokratik bir toplumda gerekli olması şartıyla hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına müdahale edilmesi dahil olmak üzere- bunlarla mücadele edilirken Devletlerin belirli ölçüde takdire sahip oldukları kabul edilmiştir.

Aşağıdaki tartışmada, Mahkemenin Madde 8 §1 ve Madde 10 §1'de yer alan hakların ve özgürlüklerin anlamına ve söz konusu maddelerin ikinci paragraflarında meşru menfaatlardan biri olarak verilen milli güvenliğe pratik yaklaşımını göstermek için İnternet bağlamında öne sürülen spesifik konulara ilişkin Mahkeme içtihadı analiz edilmektedir. Ayrıca bu tartışma, biraz muğlak biçimde tanımlanmış olan milli güvenlik kavramına bir cisim kazandırmaya çalışmaktadır.

6.1. Kitlesele gözetleme: İngiltere'ye karşı 10 İnsan Hakları Kuruluşu ve Diğerleri

7 Kasım 2017 tarihinde bu araştırma ile son derece alakalı bir gelişme meydana gelmiş ve Mahkeme, diğerlerine ilaveten Sözleşmenin 8'inci Maddesi altında sivil toplum kuruluşları, gazeteciler, siyasetçileri, hukukçular, içeriden bilgi sağlayan kişiler ve daha fazlası ile irtibatı olan on insan hakları kuruluşu tarafından açılan *İngiltere'ye karşı 10 İnsan Hakları Kuruluşu ve Diğerleri*⁶² davası için bir Büyük Daire duruşması yapmıştır. Bu kuruluşların iletişim şeklinin e-postalar, sosyal medya ve anında mesajlaşma dahil olmak üzere her hedef kitleye göre değiştiği bildirilmiştir. Başvuru sahipleri, sahip oldukları bilgilerin sıklıkla hassas, gizli ve belirli bir dereceye kadar kişiye özel içerik içerdiğini belirtmektedir. Bu nedenle başvuru sahipleri, İngiltere istihbarat servislerinin Soruşturma Yetkileri Yasası Düzenlemesi (2000) uyarınca, yerel izleme programı Tempora kapsamında ya da Amerika Birleşik Devletleri Ulusal Güvenlik Teşkilatı (NSA) tarafından yürütülen Prism ya da Upstream programları yoluyla gizli iletişimlerinin içeriğini

ve iletişim verilerini izlemiş olabileceğini öne sürmektedir. Başvuru sahiplerinin bildirdiğine göre, Amerika Birleşik Devletleri, Tempora tarafından toplanan verilere erişime sahiptir. Dava, Mahkemeyi, dijital iletişim çağında insan hakları standartlarının devletlerin mevcut gözetleme kabiliyetlerine nasıl uyum sağladığını açıklamaya davet etmektedir. "Dava, İngiltere hükümetinin İngiltere'de karaya çıkan denizaltı fiber optik kablolardan geçen İnternet trafiğini yığınsal izlemesine, ayrıca NSA gibi diğer ülkelerin istihbarat servisleri tarafından yığınsal olarak izlenen iletişimlere ve verilere erişimine karşı çıkmaktadır".⁶³ Dava ayrıca İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri arasında yapılmış olan ve ülke dışında toplanan verilerin ve istihbaratın bu iki ülke arasında gidip gelmesine olanak veren gizli kaynak paylaşımı anlaşmalarını ortaya çıkarmaya çalışmaktadır.

Sözleşmenin 8'inci Maddesinin yargı yetkisi kapsamında dijital iletişim için başvurmuş olması dışında *İngiltere'ye karşı 10 İnsan Hakları Kuruluşu ve Diğerleri* davasını ilginç kılan, NSA'da çalışan eski bir sistem yöneticisi olan Edward Snowden tarafından ifşa edilen "kitlesele gözetlemeye" doğrudan karşı çıkmak için Mahkeme önüne gelen ilk dava olmasıdır. Snowden 2013 yılında NSA'nın kitlesele gözetleme programlarını açığa vuran bilgiler sızdırmıştır. Sağlanan bilgilere göre, NSA'nın Prism programı kişisel e-postalar, sohbetler, belgeler ya da bağlantılar dahil olmak üzere iletişimin içeriğine ve İnternet kullanıcılarının kimliğini ve yerini açığa vuran iletişim verilerine erişime olanak sağlamaktadır. Sızdırılan belgeler, Prism programının İngiltere Devlet İletişim Merkezi (Government Communications Headquarters- GCHQ) tarafından istihbarat raporları hazırlamak için kullanıldığını doğrulamıştır, bu da İngiltere'nin NSA tarafından izlenen yüz milyonlarca veriye ve meta veriye erişimi olduğunu teyit etmektedir. Snowden ifşaatları ayrıca A.B.D.'li iletişim hizmeti sağlayıcıları tarafından işletilen fiber-optik kablolardan ve altyapıdan geçen içeriğin ve iletişim verilerinin NSA'nın Upstream programı yoluyla toplandığını ve bilhassa ABD vatandaşı olmayan kişilerin küresel verilerine erişime sahip olduğunu göstermiştir. GCHQ'nun kendi gözetleme programı olan ve Upstream programı ile benzerlik taşıyan Tempora, İngiltere'den Kuzey Amerika'ya giden fiber-optik kablolar yoluyla taşınan içeriği ve iletişim

⁶² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiltere'ye karşı 10 İnsan Hakları Kuruluşu ve Diğerleri, No. 24960/15

⁶³ Callander, Ailidh ve Kim, Scarlet (2017): European Court Ruling Could Recognize Mass Surveillance Violates Human Rights (Avrupa Mahkeme Kararı, Kitlesele Gözetlemenin İnsan Haklarını İhlal Ettiğini Kabul Edebilir), <<https://www.aclu.org/blog/privacy-technology/surveillance-technologies/european-court-ruling-could-recognize-mass>>

bilgilerini sondalamaktadır. Bu sondalar, istihbarat kurumlarının İnternet trafiğini alıp çıkarmalarına ve “arama kriterlerine” göre filtrelemelerine olanak vermektedir. Bununla birlikte, izin verilen arama kriterlerinin tam kapsamı ya da bunların kullanımına ilişkin anlamlı herhangi bir düzenleme ya da denetim olup olmadığı halen bilinmemektedir.

Mahkemenin hükmü üç aşamalı analiz kullanılarak ve durumun zaruretlerine bağlı olarak daha sonraki bir dönemde verilecek olmakla birlikte, Mahkemenin yaklaşımına ilişkin daha önceki tartışmalar Mahkemenin olası kararının bir göstergesi olabilir. Kitlesele gözetimin doğası, Devletlerin tüm iletişimlerini her zaman ve ayırım gözetmeden toplamlarına olanak vermektedir, dolayısıyla hedeflemeyi ve makul şüphe gerekliliğini ekarte etmektedir. Bu durum doğal olarak özel hayat hakkını tehdit etmektedir; çünkü iletişimin mahremiyetinin özü, müdahalelerin istisnai olmalarının ve davaya göre gerekçelendirilmelerinin gerekli olmasıdır. Kitlesele gözetlemenin doğası, devletin temel hak ve özgürlükleri çiğnerken daha az müdahaleci bir önlemin mevcut olmadığını kanıtlamasını gerektiren orantılılık ilkesini muhtemelen tehlikeye atacaktır.

Ayrıca Mahkemenin bağımsız Avrupa danışma organlarının kararlarını rehber olarak dikkate alması muhtemeldir. 2014 yılında, 95/46/EC sayılı AB Direktifinin 29’uncu Maddesi altında kurulmuş olan AB Veri Koruma Çalışma Grubu adlı bağımsız Avrupa danışma organı, elektronik iletişimin istihbarat ve milli güvenlik amaçlarına yönelik olarak gözetlenmesi hakkındaki görüşünü yayınlamıştır. Buna göre,

*“[...] gizli, kitlesele ve ayırım gözetmeyen gözetleme programları temel yasalarımız ile uyumlu değildir ve terörle mücadele yada milli güvenliğe yönelik diğer önemli tehditler ile gerekçelendirilemez. Tüm vatandaşların temel haklarına yönelik kısıtlamalar, ancak söz konusu önlemin demokratik bir toplumda kesinlikle gerekli ve orantılı olması halinde kabul edilebilir”.*⁶⁴

AB Veri Koruma Çalışma Grubunun görüşüne ve orantılılık hakkındaki mülâhazasına paralel olarak, görünen o ki Mahkeme İnternet bağlamında kitlesele gözetlemeye kati surette karşıdır.

Ancak *Macaristan’a karşı Szabó ve Vissy* davası, kitlesele

gözetleme programlarının doğaları gereği AİHM’nin yetkisine karşı oldukları varsayımından bir sapma niteliği taşıyan alternatif bir yorum sağlamaktadır. Bu davada Mahkeme, geniş teknolojik değişimler ve kabiliyetler karşısında kitlesele gözetleme programlarının aslında kaçınılmaz olduklarını beyan etmiştir. Bu, Venedik Komisyonunun 2015 tarihli Sinyal İstihbaratı Kurumlarının Demokratik Denetimi Hakkında Raporunun da çıkış noktasıdır. Mahkeme, Macaristan’a karşı Szabó ve Vissy davasında özellikle şu tespitte bulunmuştur:

*“[...] devletlerin terör saldırılarının önünü almada - yaklaşan olaylara dair göstergeler içerebilecek iletişimlerin kitlesele olarak izlenmesi dahil olmak üzere - en ileri teknolojilere başvurmaları, günümüzde terörizmin aldığı biçimleri doğal bir sonucudur.”*⁶⁵

Bu nedenle Mahkeme, kitlesele gözetleme programlarının “geniş kapsamlı” gücünün Sözleşmenin gereklilikleri ile doğası gereği uyumsuz olup olmamasını sorgulamamıştır. Aksine Mahkeme yeterli koruma tedbiri bulunup bulunmadığı yolundaki değerlendirme ile devam etmiş ve söz konusu mevzuat suistimallere karşı yeterli garantilere sahip olmadığından AİHS’nin 8’inci Maddesinin ihlal edildiği hükmüne varmıştır. Mahkeme ayrıca davadaki önemli bir hususun, asli denetimin yokluğu olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, gizli gözetleme alanında bağımsız bir organ- normalde özel uzmanlığa sahip bir yargıç- tarafından yapılacak kontrolün istisna değil kural olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Article 19’a göre; daha önceki davalarda Mahkemenin STK’leri (bkz. *Macaristan’a karşı Társaság a Szabadságjogokért*) basına eşdeğer şekilde kamu gözlemcisi olarak tanınması, *İngiltere’ye karşı 10 İnsan Hakları Kuruluşu ve Diğerleri* davasındaki başvuru sahiplerine gazetecilik kaynaklarının korunması ve iletişimin gizliliği de dahil olmak üzere basın ile aynı yasal korumaları sağlamalıdır.⁶⁶ Daha önceki kararlarını takiben Mahkeme, istihbarat kurumlarının STK’lerin çevrim-içi iletişimlerini ele geçirmeye yönelik izleme yetkilerinin ve kabiliyetlerinin, insanların hassas bilgileri iletme istekliliğini erozyona uğratarak STK’lerin işleyişine zarar vererek STK’lerin kamu gözlemcisi işlevi üzerinde rahatsız edici bir etkisi olduğunu savunabilir.

Başvuru sahipleri farklı yetki alanları içinde mukim oldukla-

⁶⁴ 95/46/EC sayılı Direktifin 29’uncu Maddesi, <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Privacy/ECArticle29DataProtectionWorkingGroup.pdf>>

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Macaristan’a karşı Szabó ve Vissy*, No. 37138/14

⁶⁶ Madde 19 (n.d.): Third Party Intervention Submission (Üçüncü Taraf Müdahalesi Sunumu), <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38293/10-HRO-v-the-UK-A19-submissions-March-2016.pdf>>

rından İngiltere'ye karşı 10 İnsan Hakları Kurulu ve Diğerleri davası geniş bir erişim kapsamına sahiptir. Yukarıdaki tartışmanın ışığında, Mahkemenin dava ile ilgili hükmü, bu ülkelerin her birinde yürütülen çevrim-içi kitlesel gözetleme programlarının meşruluğuna bir standart getirecektir. Karar sadece İngiltere üzerinde bağlayıcı olmayacaktır, aynı zamanda ("tespit" niteliğinde olması nedeniyle) Sözleşmeye Taraf Devletlere gözetleme gündemlerinin ve uygulamalarının Sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesi konusunda rehberlik sağlayacaktır. Mahkemenin, İngiltere'nin söz konusu yetkinin keyfi kullanımına karşı tartışmalı yasal koruma tedbirlerine sahip - kitlesel gözetleme programının Avrupa insan hakları standartları ile uyumlu olup olmadığı konusundaki değerlendirmesi, NSA'nın programı da dahil olmak üzere dünya genelindeki benzer gözetleme programlarına açık bir mesaj gönderecektir. Bu davadaki karar, hızla Devletlerin bireylerin çevrim-içi verilerini izleme kapasitesine yönelik küresel bir mülahazaya ve bir dizi tavsiyeye yol açacaktır.

Bu tavsiyelerden biri, kitlesel gözetleme müdahalelerinin meşru olabilmesi için, etkilenen kişilerin izlemeye itiraz etme haklarını kullanmalarına olanak vermek amacıyla Türkiye'nin önceden bağımsız adli yetki vermesi ve bildirimde bulunması yönünde olabilir.

6.2. Dolaylı sansür: Türkiye'ye karşı Ahmet Yıldırım

*Türkiye'ye karşı Ahmet Yıldırım*⁶⁷ davasında müdahalenin gerekçesi olarak Türk mahkemesi tarafından sunulan sebep milli güvenlik olmamakla birlikte, Mahkemenin erişim engelleme ile ilgili ilk kararı olduğundan bu kararın tartışılması önem taşımaktadır. Karar, Mahkemenin yetki alanı dahilinde çevrim-içi ifade özgürlüğü hakkının kullanılması için önemli bir emsal oluşturmaktadır ve İnternet'e erişimin engellenmesi ya da kısıtlanması yoluyla yapılan Devlet müdahalesini sıkı bir incelemeye tabi olarak tanımlamıştır.

Dava, Google Sites servisinin yer sağladığı ve sahibi 5651 sayılı İnternet Kanunu ihlal ederek Atatürk'ün hatrasına hakaretle suçlanan bir İnternet sitesinin engellenmesi için Türkiye Denizli Sulh Ceza Mahkemesinin verdiği bir emir üzerine bir Türk vatandaşının yaptığı başvurudan kaynaklanmıştır. Telekomünikasyon ve İletişim Başkanlığı (TİB), "suç işleyen" sitenin engellenmesi için olası tek teknik yo-

lun genel olarak Google sitelerine tüm erişimin engellenmesi olduğunu belirtmiş, bunun sonucunda başvuru sahibi kendi sitesine erişemez hale gelmiştir. Sonuç olarak, söz konusu kişi Ocak 2010'da Mahkemeye bir başvuru yaparak tüm Google sitelerinin engellenmesinin, çevrim-içi bilgi ve görüş alma ve vermeye yönelik ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini öne sürmüştür. Ayrıca, tüm Google sitelerine erişimi engellemeye yönelik işlemin adil ve tarafsız kabul edilemeyeceğini savunmuştur. Türk Mahkemesi kararını gerekçelendirmek için, bir mahkemenin belirli bir internet sitesine erişimi engelleme kararı verdiği durumlarda, bu tedbir kararını icra etme yükümlüğünün TİB'e ait olduğunu öngören iç hukuka dayanmıştır. TİB, 5651 sayılı İnternet Kanununun 8'inci maddesinin 3'üncü ve 4'üncü fıkraları gereğince, içerik sağlayıcısının ya da yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde ara hizmet sağlayıcısının sayfalarına erişimi tamamen engelleyebilir. Mahkeme, davayı inceledikten sonra, söz konusu müdahale Sözleşmenin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermediğinden ve başvuru sahibine demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde yeterli bir koruma sağlamadığından, davalı Türkiye Devletinin Sözleşmenin 10'uncu Maddesini ihlal ettiği hükmüne varmıştır. Mahkeme ayrıca Türk hakimlerin yasa dışı çevrim-içi içeriğin engellenmesi tedbirinin uygulanması konusunda bir yürütme kurumuna çok fazla takdir hakkı verdiğini tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca usule ait tedbirlerin eksikliği hakkında da yorum yapmış ve Google Sites'a ne engelleme kararı hakkında bilgi ne de karara itiraz etmek için bir olanak verilmediğini belirtmiştir.

Mahkemenin kararı ve Mahkemenin hükmünü tamamlamak için yargıç Pinto de Albuquerque tarafından yazılan bağlayıcı olmayan mutabakata şerhi, İnternet bağlamında ifade özgürlüğünün kullanımına yönelik standartları gereken şekilde göstermektedir. Pinto de Albuquerque'ye göre, *Türkiye'ye karşı Ahmet Yıldırım* davası "Mahkemeye Web 2.0 platformları üzerinde ifade özgürlüğü hakkında soru yöneltilen ilk seferdir".⁶⁸

Aşağıdaki bölüm, Avrupa Konseyinin çevrim-içi ifade özgürlüğü ile ilgili standartlarını daha da pekiştirmeye yönelik mevcut referansları sunan söz konusu mutabakat şerhinden bir alıntı içermektedir. Avrupa Konseyinin çevrim-içi ifade özgürlüğüne ilişkin standartları çeşitli kararlar, tavsiye kararları ve deklarasyonlarda, ayrıca Siber Suçlar Sözleşmesi ve Ek Protokolünde ortaya konmuştur. Bunların ara-

⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'ye karşı Ahmet Yıldırım, No. 3111/10

⁶⁸ a.g.e.

sında, aşağıdaki üç tanesi mevcut dava için özellikle açıklayıcıdır:

- *Bakanlar Komitesinin üye Devletlere internet'in kamu hizmeti değerini yükseltmeyi amaçlayan tedbirler hakkındaki CM/Rec (2007)16 sayılı Tavsiye Kararı;*
- *Bakanlar Komitesinin üye Devletlere internet filtreleri ile ilgili ifade ve bilgi özgürlüğü hakkına saygıyı arttırmaya yönelik tedbirler hakkında CM/Rec (2008) 6 sayılı Tavsiye Kararı;*
- *Bakanlar Komitesinin üye Devletlere arama motorları bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin CM/Rec (2012) 3 sayılı Tavsiye Kararı.*

İlk tavsiye kararı, Sözleşmeye Taraf Devletlerin, gerekli tüm filtreleme ya da engellenmenin kullanıcılar için şeffaf olmasının sağlanması için arama motoru sağlayıcıları ile birlikte çalışmalarını ve içeriği diğer kullanıcı kategorileri için erişilemez kılan genel bir endekslemeden kaçınılmasını önermektedir.⁶⁹ İkinci tavsiye kararı katı yorum ilkesine dikkat çekmekte ve İnternet içeriğinin ülke çapında engellenmesi ya da filtrelenmesine sadece Madde 10 §2'de belirtilen meşru amaçlardan birinin güdülmesi durumunda izin verilmesini istemektedir. Ayrıca bu tavsiye kararı, Devlet tarafından bu tür bir işlemin sadece filtreleme spesifik ve açıkça tanımlanabilir bir içerikle ilgiliyse ve söz konusu karar bağımsız ve tarafsız bir düzenleyici kurum tarafından gözden geçirilebilecekse yapılmasını savunmaktadır. Bakanlar Komitesinin tavsiye kararının en önemli çıkarımlarından birisi, grubun bir parçası olmayan kullanıcılar için incitici ya da zararlı içeriğin ve söz konusu içeriğe istisnai durumlarda, özellikle de araştırma amaçları için meşru bir alaka gösteren ya da erişmesi gereken kullanıcılar için yasa dışı içeriğin genel kapsamlı engellenmesinden kaçınılması şeklindedir. Üçüncü tavsiye kararı Devletlerden, bireyleri diğer içerik sunumu yollarına uygulanan tedbirlerin ötesine geçen genel kapsamlı engelleme ya da filtreleme tedbirlerine tabi tutmamalarını istemektedir. Mutabakat şerhine göre bu belgeler, Sözleşme ile uyumlu İnternet engelleme tedbirleri hakkındaki mevzuat için asgari standartları belirlemektedir. Bunlara ek olarak Yargıç, sınırsız ya da süresi belirsiz tüm

engelleme emirlerinin çevrim-içi ifade özgürlüğü hakkına gereksiz bir müdahaleye karşılık geldiğini öne sürmektedir.⁷⁰ Gereklilik ilkesine uyum açısından, Yargıç "daha hafif" tedbirlerin benimsenmesini istemektedir; bu da örneğin engelleme emrinden önce bir "bildirim ve kaldırma" politikasının benimsenmesi anlamına gelmektedir. İnternet bağlamında bazı engelleme tedbirlerinin kolayca savuşturulabilmesi, tedbirin gerekliliğini şüpheli kılmaktadır.⁷¹ Yargıç, engelleme emrinin verilmesinden sorumlu yetkili makamlar ile ilgili olarak, sadece kanunun bir örnek uygulanmasını değil, ayrıca pratikte daha yakında izlemeyi sağlamak için tüm engelleme yetkilerinin tek bir makamın elinde toplanmasını savunmaktadır.⁷²

Mahkeme, takip eden bir kararında, *Türkiye'ye karşı Cengiz ve Diğerleri* davasını ele almıştır. Dava, 5 Mayıs 2008 ile Ekim 2010 arasında Türkiye'den YouTube'a erişimin engellenmesi ile ilgilidir. Mahkeme bu davada da YouTube'un engellenmesinin ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, Türk makamlarının bir web sitesinin tamamını engellenmenin büyük miktarda bilgiye erişimi engelleyeceğini ve İnternet kullanıcılarının haklarını ciddi ölçüde etkileyeceğini ve dolaylı etkilere yol açacağını dikkate almaları gerektiğini belirtmiştir.⁷³

İnsan haklarının mutlak olmadığı ilkesine paralel olarak, yasa dışı niteliğe sahip çevrim-içi içeriğin engellenmesi belirli şartların geçerli olduğu durumlarda haklı gösterilebilir. Aynı zamanda, Sözleşmenin 10'uncu Maddesi ile korunan siyasi ifadelerle karşı engelleme emirleri, Avrupa'daki uygulamalarda duyulmamıştır. Devlet gözetlemesi yoluyla ifade özgürlüğü hakkına herhangi bir müdahale, sadece ve sadece fiilen sorumlu olmayan kişileri ya da kurumları hedeflemekten kaçınması durumunda demokratik bir toplumda gerekli olarak gerekçelendirilebilir.

6.3. Pozitif yükümlülükler: Sırbistan'a karşı İnsan Hakları Gençlik İnisiyatifi

Sırbistan'a karşı İnsan Hakları Gençlik İnisiyatifi davasının başlıca katma değeri, Devletlerin milli güvenlik servisleri-

⁶⁹ Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi (2013): Bakanlar Komitesinin üye Devletlere arama motorları bağlamında insan haklarının korunmasına ilişkin CM/Rec(2012)3 sayılı Tavsiye Kararı, <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805caa87>, [12], [13], [16]

⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'ye karşı Ahmet Yıldırım, No. 3111/10, dipnot 12

⁷¹ a.g.e., dipnot 14

⁷² a.g.e., dipnot 15

⁷³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'ye Karşı Cengiz ve Diğerleri, No. 48226/10

nin yürütme yetkilerinin çevrim-içi ifade özgürlüğü hakkının korunması konusundaki sınırlarını gösterme kapasitesinde yatmaktadır.

Ekim 2005'te, başvuru sahibi sivil toplum kuruluşu (STK) İnsan Hakları Gençlik İnisiyatifi, Sırbistan istihbarat teşkilatının 2005 yılında elektronik gözetlemeye tabi tutulan bireylerin sayısı hakkında bilgi vermesini talep etmiştir. Buna karşılık Sırbistan istihbarat teşkilatı, gizli bilgiler için geçerli anayasa hükmünü gerekçe göstererek söz konusu STK'nin isteğini reddetmiştir. Bilgi Komiserinin 2004 tarihli Sırp Bilgi Edinme Özgürlüğü Yasası uyarınca istenen bilginin açıklanmasını emretmesinin ardından, istihbarat kurumu söz konusu STK'ye istenen spesifik bilgiye sahip olmadığını bildirmiştir. Bunun üzerine STK Sözleşmenin 6'ncı ve 10'uncu Maddeleri kapsamında Mahkemeye bir şikâyette bulunmuş ve Sırp istihbarat kurumu tarafından bilgiye erişimin reddedilmesinden şikâyet etmiştir. Mahkeme, söz konusu STK kamu menfaati ile ilgili bilgi toplamaya, söz konusu bilgileri halka aktarmaya ve dolayısıyla toplumsal tartışmaya katkıda bulunmaya yönelik meşru amaçlar güttüğünden, Sırp istihbarat kurumunun halka açık bilgilere erişim sağlamayı reddetmesinin Sözleşmenin 10'uncu Maddesi kapsamında ifade özgürlüğü hakkının ihlali anlamına geldiği hükmüne varmıştır. Mahkeme, istihbarat kurumunun başlangıçta erişimi reddetmesinin nedeninin gizlilik olduğunu dikkate alarak, Kurumun söz konusu bilgilere sahip olmadığı iddiasını ikna edici bulmamıştır. Mahkeme ayrıca istihbarat kurumunun Bilgi Komiserinin bağlayıcı emrini yerine getirmeyi reddetmesinin iç hukuka aykırı olduğunu ve keyfilik anlamına geldiğini vurgulamıştır. Mahkemenin son hükmü, Sırp istihbarat kurumunun söz konusu STK'ye istediği bilgileri sağlamasını emretmektedir.

Bu dava, milli güvenlik söz konusu olsa bile bilgiye erişme hakkını sahlendiğinden, Mahkemenin değişen standartlarının bir göstergesidir. Belçika'daki Ghent Üniversitesinin İnsan Hakları Merkezinde bulunan ve Mahkemenin yeni kararlarını dikkate sunmayı amaçlayan bir blog olan Strasbourg Gözlemcilerine göre, "[...] Mahkeme, Sırbistan'a karşı İnsan Hakları Gençlik İnisiyatifi davasında, Sözleşmenin 10'uncu Maddesi dayalı olarak, kamu makamlarının elinde

bulunan belgelere erişme hakkını hiç olmadığı kadar açık bir şekilde tanımıştır".⁷⁴ Mahkemenin kararı ayrıca kamu gözlemcisi olarak kamu menfaatine hareket eden STK'lerin değerini kuvvetli sözlerle teyit etmiştir. Ayrıca karar Sözleşmeye Taraf Devletlerin milli güvenlik ve istihbarat teşkilatlarından Sözleşmeye uymalarını ayırım gözetmeden gereken şekilde istemiştir.

Yargıçlar Sajó ve Vučinić, ortak mutabakat şerhlerinde, demokrasinin bilgi toplumundaki belirli taleplerini Mahkemenin hukuk sisteminin gelecekte ele alması gereken konular olarak vurgulamışlardır. Daha ilginç, Mahkemeden, çevrim-içi dünyada gazeteciler ile vatandaşlar arasından gittikçe daha belirsiz hale gelen farklılığı kabul etmesini istemişlerdir. İfadelerinin önemle vurguladığı nokta, şeffaflık ilkelerinin tüm vatandaşlara uygulanmasıdır.⁷⁵ Yargıçların diğer bir önemli ifadesi, devlet tarafından kontrol edilen veriler bakımından, modern veri yönetimi araçlarının karmaşıklığı dikkate alındığında, yetkin ulusal makamlar tarafında saklanan verilerin kaybedilmesinin bir bahane olarak sunulamayacağı şeklindedir.⁷⁶ Son olarak Yargıçlar, Mahkeme tarafından oluşturulmuş bir ayırım olan kamu menfaatleri ve kişisel menfaatler ile ilgili bilgilere erişim arasındaki fark konusundaki endişelerini dile getirmişlerdir.

Bu davaya ait gerçeklere gelince, Mahkeme ulusal makamların sadece söz konusu hakları ve özgürlükleri keyfi olarak ihlal etmekten kaçınma değil, aynı zamanda bu hakları meşru olmayan ihlallere karşı korumak için gerekli adımları atma yükümlülüğü altında olduğunu tekrar vurgulamıştır. Bu pozitif yükümlülükler, Devletlerin milli güvenlik ve istihbarat kurumlarının çevrim-içi ifade özgürlüğünün korunması ve kullanımı konusunda Sözleşmenin kurallarına ve ilkelerine uymalarını garanti etmelerini gerektirmektedir. Türkiye, Sözleşmeye Taraf bir Devlet olarak, pozitif yükümlülükleri teyit etmek için hiçbir fırsatı kaçırmamalıdır. Bu pozitif yükümlülükler, demokrasilerinin işleyişine şüpheli yaklaşılan Türkiye gibi ülkeler için bilhassa önemlidir. Türkiye, AİHS'nin direktiflerine uymak amacıyla, toplumsal tartışmalara katılmak için elverişli bir ortamı kendi doğasına uygun bir şekilde sağlamalıdır.

⁷⁴Voorhoof, Dirk (2013): Article 10 of the Convention includes the right of access to data held by an intelligence agency (Sözleşmenin 10'uncu Maddesi, bir istihbarat kurumunun elinde bulunan verilere erişim hakkını kapsıyor), <<https://strasbourgobservers.com/2013/07/08/article-10-of-the-convention-includes-the-right-of-access-to-data-held-by-intelligence-agency/>>

⁷⁵Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sırbistan'a karşı İnsan Hakları Gençlik İnisiyatifi, No. 48135/06

⁷⁶a.g.e.

7. Sonuç Tespitleri

7.1. Genel tavsiyeler

AİHM, Türkiye Anayasa Mahkemesi üzerinde bağlayıcı olduğundan, Türkiye'nin hukuk sisteminde reform yapılmasındaki dönüştürücü rolünü sürdürmektedir. Avrupa değerleri, birçok Türk vatandaşı için bir güven kaynağıdır. Ayrıca AİHM'ye yönelik hal desteği devam etmektedir. İstanbul Ekonomi Araştırma tarafından Mart 2018'de yürütülen bir araştırmada, vatandaşların %47,8'i Türkiye'nin hapisteki gazeteciler konusunda AİHM'nin kararına uyması gerektiği görüşünü desteklemiş, %35,5'i ise karşı çıkmıştır.⁷⁷ Bununla birlikte, yerel siyasi güdüler Türkiye'nin uyum sicilini baltalamaktadır. Hürriyet Daily News'tan bir köşe yazarı Aralık 2017'de yazdığı bir makalede "Türkiye, gurur duyamayacağımız bir Avrupa rekorunu elinde tutuyor [...] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal şampiyonu" demiştir.⁷⁸ 2017 yılında AİHM'nin Başkanı, Türkiye aleyhine yapılan başvuruların bir önceki yıla kıyasla %276 arttığını belirtmiştir.⁷⁹ Türkiye'nin, 2017 yılında Mahkeme tarafından verilen 116 kararın 99'unda AİHS'nin en az bir maddesini ihlal ettiği tespit edilmiştir. Türkiye Ocak 2018'de, bir bölge mahkemesi Türkiye'nin en yüksek mahkemesinin hapisteki bazı gazetecilerin salınması yolundaki bir emrini uygulamayı reddettiği için AİHM düzeyinde eleştirilmiştir.⁸⁰ Bunlar, Türkiye'nin yargı bağımsızlığı ve iç hukuk yollarının etkililiği ile ilgili endişelerin daha da artmasına yol açmıştır.

Türkiye kararlarını tekrar- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafında yorumlanan şekliyle- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilkelerine yönlendirmeli ve aleyhine açılan davaların sayısını azaltmaya çalışmalıdır. AİHS'nin yasal ortamı, insan haklarının Türkiye'de de Avrupa'da olduğu kadar geçerli olduğunu kabul ettiği 2000'lerin başlarında olduğu gibi, tercih edilen yolunu temsil etmelidir. Özellikle, Türkiye AİHS ile iş birliğini siyasileştirmekten kaçınmalıdır. Ulusla-

rarası insan hakları mevzuatının halkın tüm mensuplarını korumak için mevcut olduğunu kabul ve tasdik etmelidir. Bu, uygulamada demokrasiye yönelik bütünleyici bir anlayıştır ve Türkiye'nin bunu savunması gerekmektedir.

7.2. Türkiye'nin İnternet mevzuatı için özel tavsiyeler

Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı (AGİT) Temsilcisi, 2007'de kabul edilen Türkiye'nin İnternet Kanunu ile ilgili değerlendirmesinde,⁸¹ YouTube ve Google Sites gibi web sitelerinin yasaklanmasının siyasi ifade üzerinde çok güçlü yansımaları olduğunu öne sürmüştür. Türkiye'nin İnternet yayınlarına ve içeriklerine yaklaşımı, ulusal mahkemelerin ve (2016 yılında kaldırılarak yetkileri Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna (BTK) devredilen) Telekomünikasyon ve İletişim Başkanlığının düzenli olarak engelleme emirleri vermeleri ile, yalnızca yasa dışı olduğu iddia edilen içeriğe değil aynı zamanda yasal içerik ve bilgilere erişimi de engellediğinden temelde sorunlu olarak kabul edilmiştir. AGİT, değerlendirmesinin sonucunda, İnternet Kanununu uluslararası standartlara uygun hale getirmesi ya da kaldırması için Türk hükümetine ivedi çağrıda bulunmuştur.⁸² 2011 yılında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri benzer bir çabayla Türkiye'ye İnternet Kanununu Avrupa içtihadında kabul edilmiş olan standartlara göre gözden geçirmesini tavsiye etmiştir. Bu tavsiyenin nedenlerinden birisi, web sitelerine erişimin engellenmesine izin verilmesine yönelik gerekçelerin kapsamlı bir şekilde yorumlanmasıdır.⁸³

Bu çalışma Türkiye'ye İnternet yönetimini Avrupa'daki uygulamalara yakınlaştırmasını tavsiye etmektedir. Bu açıdan, Türkiye'ye ilk olarak AİHM'nin siber uzaydaki değişen standartlarının ve düzenlemelerinin farkında olması ve bunları kabullenmesi önerilmektedir. Bu çalışma, Türkiye'nin

⁷⁷ İstanbul Ekonomi Araştırma (Mart 2018): Türkiye Monitörü [yayınlanmamış]

⁷⁸ Ergin, Sedat (2017): Turkey is the champion of rights violations at the ECHR (Türkiye AİHM'de hak ihlalleri şampiyonu), <<http://www.hurriyetdailynews.com/opinion/sedat-ergin/turkey-is-the-champion-of-rights-violations-at-the-echr-124411>>

⁷⁹ DW (2017): More than 5,000 cases filed against Turkey over post-coup purge, says ECHR, (AİHM, darbe sonrası temizlikte Türkiye'ye karşı 5.000'den fazla dava açıldığını belirtti), <<http://www.dw.com/en/more-than-5000-cases-filed-against-turkey-over-post-coup-purge-says-echr/a-37294226>>

⁸⁰ Avrupa Birliğinin Avrupa Konseyi Delegasyonu (2018): EUDEL statement on the implementation of the decision of the Constitutional Court of Turkey (Türkiye Anayasa Mahkemesinin kararının uygulanmasına ilişkin EUDEL demeci), <https://eeas.europa.eu/delegations/council-europe/39162/eudel-statement-implementation-decision-constitutional-court-turkey_en>

⁸¹ Türkiye'nin İnternet Kanununun ayrıntılı bir değerlendirmesi için lütfen bkz. Ergun, D (2018): Türkiye'de Çevrim-içi Hak ve Özgürlüklere Karşı Milli Güvenlik: Dikotominin Ötesine Geçmek.

⁸² Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı (2010): AGİT Medya Özgürlüğü Temsilciliğinin Türk İnternet Kanunu Hakkındaki Raporu, <<https://www.osce.org/fom/41091>>

⁸³ CommDH (2011), Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg'in 27 ile 29 Nisan 2011 arasında Türkiye'ye yaptığı ziyaretin sonrasındaki raporu, <<http://www.refworld.org/docid/4eabc1952.html>>

İnternet mevzuatının Avrupa'daki uygun standartları karşılayabilmesi için Venedik Komisyonunun önerilerine uygun olarak bazı ana tavsiyelerde bulunmaktadır.⁸⁴

Türkiye'nin İnternet Kanunu, "güçlü kamu menfaati" hakkında bir hüküm içermelidir. Önceki bölümlerde belirtildiği gibi, AİHS kişisel hakların ve özgürlüklerin korunmasında güçlü bir kamu menfaati olduğunu savunmaktadır. AİHS'nin ilkesi temel olarak bireysel haklar ve özgürlükler gereken şekilde korunduğunda toplum bir bütün olarak fayda göreceğini öne sürmektedir. Venedik Komisyonu tarafından belirtildiği gibi, Türkiye'nin kendi İnternet Kanununa bir "güçlü kamu menfaati" ibaresi eklemesi önerilmektedir. AİHM'nin basına kamu menfaati ile ilgili konularda bilgi alma ve verme hakkı tanıdığı dikkate alındığında, Türkiye'nin insan hakları rejimi kapsamında "kamu menfaatinin" tanınması gazetecileri ve yayıncıları daha iyi koruyacaktır. Ayrıca AİHS tarafında kuvvetle savunulan bir fikir olan basının siyasi bir gözlemci olduğu kavramının Türkiye tarafından kavranmasını pekiştirecektir.

Türkiye'nin İnternet Kanunu, bir dizi daha az müdahaleci tedbir sağlamalıdır. Ulusal mahkemelerin kararlarını değerlendirirken, AİHM daima uygulanan kısıtlamanın şiddetini ve niteliğini dikkate almaktadır. Toplumsal tartışmanın engellenmemesini sağlamak için, uygulanan yaptırım mevcut en az müdahaleci tedbir olmalıdır. Türkiye'nin İnternet Kanununda yer alan yegâne tedbir erişimin engellenmesi ya da içeriğin kaldırılmasıdır ve Avrupa rejimi bunu İnternet'te mümkün olan en şiddetli tedbir olarak kabul etmektedir. Türkiye'nin İnternet Kanununa açıklama, düzeltme ya da içerik yenileme yükümlülüğünü de içeren bir dizi daha az müdahaleci tedbir eklemesi şiddetle tavsiye edilmektedir. Bu, Türk yargıçlara, kısıtlamanın güttüğü meşru amacın karşılanması amacıyla mevcut en az müdahaleci tedbiri değerlendirmek ve uygulamak için yeterli alan sağlayacak ve böylece Türkiye'nin İnternet mevzuatını Avrupa standartları ile daha uyumlu bir hale getirecektir.

Türkiye'nin İnternet Kanunu, demokratik gereklilik ve orantılılık hakkında bir hüküm içermelidir. Avrupa uy-

gulamalarına göre, İnternet'teki tüm engelleme ya da kaldırma tedbirleri demokratik gereklilik ilkesini karşılamalıdır. Bu açıdan, Türkiye'deki yetkili kurum özellikle siyasi fikirlerin dile getirilmesi özgürlüğü ile ilgili davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadını içselleştirmelidir. Bunu sağlamanın bir yolu, Türkiye'nin İnternet Kanununun, kısıtlamanın demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ve güdülen meşru amaç ile orantılı olduğunu garanti etmeye yönelik özel bir hüküm içerecek şekilde değiştirilmesidir.

Türkiye'nin İnternet Kanunu, yeterli bildirim prosedürleri sağlamalıdır. Avrupa'daki uygulamalar, ulusal mevzuatların ilgili taraflara erişim engelleme ya da içerik kaldırma prosedürleri hakkında bildirimde bulunma hükümleri içermesini istemektedir. Bu açıdan Türkiye'ye, engelleme/kaldırma tedbiri, gerekçesi ve mevcut çözüm yolları hakkında bilgi vererek etkilenen tüm şahıslara bildirimde bulunması tavsiye edilmektedir.

Türk mahkemeleri, erişim engelleme ile ilgili davalara öncelik vermelidir. Sözleşme, İnternet'in halkın bilgiye erişmesinin sağlanmasında oynadığı temel rolü kabul etmektedir. Türkiye'ye, İnternet'te içerik engelleme ile ilgili davalara uygulamada öncelik vermesi tavsiye edilmektedir. Buna ilaveten, Venedik Komisyonunun tavsiyesine uygun olarak,⁸⁵ Türkiye'ye çevrim-içi haklar ve özgürlükler ile ilgili davalara sürekli olarak bir "acil prosedür uygulaması" yapması ve devam eden davaların halka açık bir kaydını sağlaması önerilmektedir. Ayrıca Türk makamlarına engellenmiş web sitelerine ya da URL'lere ilişkin resmi rakamları yayınlamaları tavsiye edilmektedir.

Türkiye, bu tavsiyeleri yerine getirebilmek için, yönetim hesap verebilirlik ve şeffaflık mekanizmalarının değerlendirilmesi de dahil olmak üzere, İnternet'teki insan hakları ve özgürlüklerinin kullanımına olan saygısını ve korumasını düzenli olarak değerlendirmelidir. Türkiye, Sözleşmeye taraf bir Devlet olarak, İnternet özgürlükleri için elverişli bir ortam sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüklerinin önceliğini asla azaltmamalıdır.

⁸⁴ Venedik Komisyonu (2016): İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki 5651 Sayılı Kanun ("İnternet Kanunu") Hakkında Mütalaa, <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)011-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)011-e)>

⁸⁵ a.g.e.



Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi 2018/5

Mayıs 2018

Çevrim-içi özgürlükler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Türkiye için ileriye dönük bir yol mu?

Yeşil Deniz | EDAM Araştırma Görevlisi