

Konu: 23.01.2015 Tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun Teklifi'nin On Yedinci Maddesi" ile 5651 Sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasını öngören kanun teklifine ilişkin hukuki değerlendirme.

23.01.2015 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi ("TBMM") Plan ve Bütçe Komisyonu'na ("Komisyon") sunulan Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun Teklifi ("Torba Kanun") ile İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında 5651 Sayılı Kanun'da ("5651 Sayılı Kanun") değişiklik yapılarak 5651 Sayılı Kanun'a 8/A maddesinin eklenmesi önerilmektedir. Bu rapor, 5651 Sayılı Kanun'da yapılması önerilen değişikliği ele almaktadır.

Torba Kanun ile 5651 Sayılı Kanun'a eklenmesi önerilen 8/A maddesi aşağıdaki gibidir:

"(1) Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Başbakanlık veya milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Karar, Başkanlık tarafından derhal erişim sağlayıcılara ve ilgili içerik ve yer sağlayıcılara bildirilir. İçerik çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(2) Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm, ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilir.

(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkanlık tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu suçların faillerine ulaşmak için gerekli olan bilgiler içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hakim kararı üzerine adli mercilere verilir. Bu bilgileri vermeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üçbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.

(5) Bu madde uyarınca verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara elli bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

Yukarıda belirtilen değişiklikler hakkındaki değerlendirmelerimiz aşağıdadır:

Söz konusu 8/A maddesi, aşağıda yer alan gerekçelerle Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırıdır ve bilgi paylaşımı ve bilgiye erişim açısından günümüzde var olan en önemli araçlardan İnternet'in yönetişimi ve İnternet'e erişim hususunda idareye geniş yetkiler tanınması suretiyle, ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve bilgiye erişme hakkının ihlal edilmesi yolunu açmaktadır.

Torba Kanun ile getirilen ve yukarıda belirtilen 8/A maddesi ile yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir ve bir kaçına bağlı olarak hâkim veya geciktirilmesinde sakınca olan hallerde Başbakanlık; milli güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili Bakanlıkların talebi ile Başkanlık tarafından içeriğin yasaklanması, yayından çıkartılması veya erişimin

engellenmesi kararı verilebileceği düzenlenmektedir. Ayrıca içeriğin yayından kaldırılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı belirtilmiştir. Bu noktada içeriğe erişimin engellenmesi veya içeriğin yayından kaldırılması kararının, gecikmesinde sakınca bulunduğuna karar verilmesi halinde, ki gecikmesinde sakınca bulunduğuna dair karar idarece (Başbakanlık ya da ilgili bakanlıklar) verilecektir, bu kararın hukuki bir süzgeçten geçmeden doğrudan verilebilmesi ve uygulanabilmesi, idarenin geniş yetkilerle donatılması anlamına gelecektir.

Eklenmesi teklif edilen hüküm yakın zamanda Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararıyla iptal edilen 5651 Sayılı Kanun'un milli güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına dair gecikmesinde sakınca bulunan hallerde erişimin engellenmesine ilişkin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na ("Başkanlık") keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikte sınırları belirsiz bir yetki tanıyan 8. maddenin 16. fıkrası ile oldukça benzerdir. Hatta teklif edilen 8/A maddesinin kapsamı, iptal edilen maddeye göre daha geniş tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi 8. maddenin 16. fıkrasına ilişkin iptal kararında, "*Dava konusu kuralda geçen "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi" ibarelerine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisi Başkan'a verilmektedir. Böylece kuralda sayılan oldukça önemli konularda belirtilen hâllerin varlığına ilişkin değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi TİB'e bırakılmaktadır. Ancak, genel olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemelerce verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik aracı kurum olarak görev yapan TİB'in kuralda yer alan ibarelerde belirtilen durumların varlığı veya yokluğunu belirleme noktasında tek başına değerlendirme yapacak konumda olmadığı açıktır. Milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur*" şeklinde belirtmektedir.

Eklenmesi önerilen düzenleme ile "milli güvenlik", "kamu düzeninin korunması" veya "suç işlenmesinin önlenmesi" gibi kapsamı ve değerlendirmesi yargı organları tarafından dahi tartışmalı olan ve her somut olay bazında ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektiren hukuki

normların, idare tarafından değerlendirilmesi beklenmektedir. Söz konusu değerlendirmenin bir idari otoriteye bırakılması Anayasa Mahkemesi'nin 2 Ekim 2014 tarihli ve E.2014/149, K. 2014/151 sayılı kararıyla açıkça Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı bulunmuştur.

Söz konusu hüküm, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araç olan ve düşüncelerin açıklanması, karşılıklı paylaşılması, yayılması ve bilginin elde edilmesi bakımından vazgeçilmez olan İnternet'e erişimin, Başbakanlık veya Bakanlık talimatıyla kapsamı oldukça belirsiz yetkilere dayanılarak engellenebileceğini düzenlemektedir. Anayasal koruma altında olan ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim hakkının sınırlanması açısından keyfi uygulamaların önünü açan bir düzenlemedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2013/39 Esas sayılı ve 22.05.2013 tarihli kararında belirttiği üzere *“Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörülebilmelerine imkan verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.”*

Yukarıda da belirtildiği üzere yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir. Torba Kanun ile 5651 Sayılı Kanun'da yapılması öngörülen değişiklik hükmü bu unsurların hiçbirini ihtiva etmemekte ve belirlilik ile öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olmakla birlikte, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale yetkisini idarenin inisiyatifine bırakmaktadır.

Benzer bir yetkinin Başkanlık'a verilmesi hususunda Anayasa Mahkemesi'nin 2014/4705 sayılı bireysel başvuru hakkında verdiği 29 Mayıs 2014 tarihli kararında *"TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir."* değerlendirmesine yer verilerek erişimin engellenmesine ilişkin olarak Başkanlık'a verilen yetkinin kanunilik ilkesine aykırı olduğu tespit edilmiştir.

5651 Sayılı Kanun'a eklenmesi önerilen 8/A. maddesi ile içeriğin yayından kaldırılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç bu kararın bildirilmesi anından itibaren 4 (dört) saat içinde yerine getirilmesinin öngörüldüğü hüküm savunma hakkının kullanılmasına imkân vermemektedir ve her halükarda Anayasa'ya aykırıdır.

İçeriğin yayından kaldırılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararın ilgili taraflara bildirilmesi için öngörülen dört saatlik süre, savunma hakkının kullanılabilmesine imkân tanımayacak kadar kısadır. Bu süre ilgili taraflarca kararın incelenerek söz konusu karara itiraz edilmesi imkânını ve dolayısıyla savunma haklarını ortadan tamamen kaldırmaktadır.

Savunma hakkı, ceza hukukunun kabul görmüş evrensel ilkelerinden biridir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesi ile de *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"* şeklinde düzenlenmiştir. Savunma hakkı, Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 6. maddesinde de vücut bulmaktadır. Söz konusu hükme göre; *"herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir"*. İçeriğin yayından kaldırılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının erişim sağlayıcılara tebliğinden itibaren derhal, en geç 4 (dört) saat içinde uygulanması, savunma hakkını kullanmakta hukuki yararı bulunan ilgililerin savunma hakkını Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı bir şekilde sınırlandırmaktadır.

Ayrıca, Torba Kanun ile önerilen değişiklikte söz konusu dört saatlik sürenin uygulanmasına dair herhangi bir istisnanın öngörülmemesi ise hükmün ölçülülük ilkesine aykırılığına da yol açmaktadır. Zira söz konusu hüküm, hayatın olağan akışına aykırı pek çok durum ortaya çıkarabilecektir. Örneğin, bir içerik, yer veya erişim sağlayıcıdan, kendisine çalışma saatleri veya günlük hayatını idame ettiği saatler dışında bir talep gönderildiği takdirde bu talebin dört saat içinde uygulanmasını beklemek hayatın olağan akışına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca söz konusu işletmeler ve kişiler bakımından, maddi ve manevi birçok zarara yol açabilecektir. Dört saatlik sürenin kısıltığı bir yana, bu sürenin uygulanabilirliği açısından bir istisna getirilmiyor olması kişilerin yaşam standartlarına orantısız müdahale oluşturabilecek uygulamalara yol açabilecektir.

İçeriğin yayından kaldırılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının öncelikle idari bir makam tarafından verilmesi, kararın uygulanması ve karar uygulandıktan sonra, kararın verilmesini takip eden yirmi dört saat içinde söz konusu idari kararın sulh ceza hâkiminin onayına sunulması, ilgililere herhangi bir itiraz veya savunma hakkı tanınmaksızın kırk sekiz saat içinde kararın açıklanması da savunma hakkını ihlal edecektir ve hukuka aykırıdır. Ayrıca hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde nasıl açıklayacağı, nerede açıklayacağı, ilgililere bildirim yapıp yapmayacağı, ilgililerin karardan nasıl haberdar olacağı ve karara ilişkin hukuki yollara nasıl başvurabileceği gibi hususlar dahi düzenlenmemiştir. Bu süreçte idarenin vereceği kararlarda ve yapacağı işlemlerde şeffaflık bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda, yalnızca Başbakanlık ve Bakanlıkların bilgisi dahilinde başlatılacak bir süreç, sulh ceza hakimi verilen kararı onaylamadığı takdirde karar kendiliğinden ortadan kalksa bile, ilgili kişilerin bu durumdan haberi dahi olmaksızın sonlandırılabilir.

Anayasa Mahkemesi, 2014/4705 sayılı bireysel başvuru hakkında verdiği 29 Mayıs 2014 tarihli kararında yer alan esas yönünden değerlendirmesinde “*Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa*

anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır.” şeklinde bir ifade kullanarak, kanunun öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olamayacağını açıkça ortaya koymuştur.

Ayrıca, 5651 Sayılı Kanun’un 2. fıkrasında içeriğin yayından kaldırılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının verilmesini takip eden yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı belirtilmektedir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere verilen erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından kaldırılması kararının önce hukuki bir süzgeçten geçmeden, bir başka deyişle hâkimin değerlendirmesine sunulması yerine onayına sunulması başta Anayasa’da belirtilen hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Buna ek olarak, Torba Kanun ile teklif edilen 8/A maddesinin 2. fıkrasında Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını kırk sekiz saat içinde açıklamadığı takdirde kararın kendiliğinden kalkacağı belirtilmektedir.

Dolayısıyla Başbakanlık veya Başkanlık tarafından verilen söz konusu içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararı, tedbir niteliğinde bir karardır. Zira hâkim kararı onaylamadığı veya kırk sekiz saat içinde kararını açıklamadığı takdirde söz konusu karar kendiliğinden kalkacaktır. İçeriğin yayından kaldırılması, söz konusu içeriğin İnternet ortamından tamamen kalkması sonucunu doğuracak ve karar hukuka aykırı bulursa veya kendiliğinden kalksa dahi söz konusu içerik çoktan yok olmuş olacaktır. Bu niteliğiyle içeriğin yayından kaldırılması davanın esasını çözümlenecek niteliktedir. Bu da kararın tedbir niteliğini aşacaktır.

Yüksek yargı içtihatlarında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde belirlenen “ihtiyati tedbir” müessesinde dahi davanın esasını çözümlenecek biçimde verilen ihtiyati tedbir kararlarının hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir. Buna örnek olarak gösterilebilecek Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 2012/2615 Esas ve 2012/7420 Karar sayılı kararında; *“Davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi hukuka aykırıdır.”* şeklinde belirtilmektedir. Bir yargı organınca verilen bir tedbir kararı olan ihtiyati tedbir niteliğindeki

kararlar için dahi böyle bir kural öngörölmüşken, ifade ve haber alma özgürlüğünün özüne dokunacak nitelikte bir tedbirin, dava konusu olayı esastan çözümlenecek nitelikte bir tedbir öngörmesi çok daha ağır sonuçlar doğuracaktır. Yer sağlayıcı ve/veya erişim sağlayıcıya mahkeme kararını bekleme fırsatı bile tanınmamakta, idarenin kararını en geç dört saat içinde yerine getirmesi zorunluluğu getirilmektedir.

Böylece Başbakanlık veya Başkanlık tarafından verilen içeriğin yayından kaldırılması kararının uygulanması, hukuka uygun bir içeriğin hukuka aykırıymışçasına ortadan kalkmasına sebep olabilecek, tedbir niteliğinde bir kararı bir cezaya dönüştürecektir. Bu da ifade özgürlüğünün geri dönülemez bir biçimde ihlali sonucunu doğuracaktır. Kararın önce uygulandıktan sonra yargı denetimine tabi tutulması bu süreçteki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.

5651 Sayılı Kanun'a eklenmesi teklif edilen 8/A maddesinin 3. Fıkrası ile bu hüküm kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarının, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verileceği belirtilse dahi teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, İnternet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

İlgili hükmün gerekçesinde "erişimin engellenmesi kararlarının ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kademeli olarak verilmesinin hedeflendiği" belirtilmiş olsa da, hüküm İnternet sitelerinin tamamına bir idari otoritenin kararı ile erişimin engellenmesinin önünü açmaktadır ve bir İnternet sitesinin, içerisinde hukuka aykırı birtakım içerikler olduğu gerekçesiyle, tamamının erişime engellenmesi bir tedbir kararının hiçbir kademesinde ölçülülüğe uymayacaktır. 5651 Sayılı Kanun kapsamında "erişimin engellenmesi" ile ilgili önlem alacak ve teknik altyapıyı hazırlayacak olan aktörler son derece açıkken, söz konusu teknik altyapının sağlanamamasından dahi bir İnternet sitesinin tamamının sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir.

Her ne sebeple olursa olsun, bir İnternet sitesinin tümünün erişime engellenmesi açıkça Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aykırı olacaktır. Bu şekilde bir hüküm, özellikle sosyal medya siteleri veya benzer düşünce ve fikir beyan etme platformları

bakımından milyonlarca kullanıcı tarafından paylaşılan milyonlarca içeriğin engellenmesi neticesini doğuracağından, temel insan haklarından olan ifade ve haber alma özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil edecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir sosyal medya sitesinin tamamının erişime engellenmesine ilişkin bir başvuru neticesinde verdiği 2 Nisan 2014 tarihli ve 2014/3986 başvuru numaralı kararında açıkça belirttiği üzere; *“İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir amaçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternet'in sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır”*.

Anayasa Mahkemesi, İnternet'in sağladığı sosyal medya platformlarının ifade ve haber alma özgürlüğü bakımından önemini vurguladıktan sonra, 2 Nisan 2014 tarihli ve 2014/3986 başvuru numaralı kararında, 5651 Sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında Başkanlığın tüm İnternet sitesinin erişime engellenmesine neden olan kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağına erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin, kanuni dayanağının bulunmadığı ve karara konu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğunu vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, bireysel başvuruya konu edilen ihlal iddiasının konusunu oluşturan ifade özgürlüğünün demokratik hukuk devletindeki önemi dikkate alındığında Başkanlık tarafından bir İnternet sitesinin tamamına ilişkin alınan erişimin engellenmesi kararının, yalnızca söz konusu erişime engelleme işlemine dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararların muhataplarını değil, söz konusu İnternet sitesinden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu ve hukuki dayanağının olmaması nedeniyle başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğünün

ihlal edildiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında açıkça bir İnternet sitesinin tamamına erişimin engellenmesinin temel insan haklarından biri olan ifade özgürlüğünü ihlal edeceğini vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yine bir video paylaşım platformunun tamamına erişimin engellenmesi üzerine verdiği 29 Mayıs 2014 tarihli ve 2014/4705 başvuru numaraları kararında, sayısız URL adresi barındıran İnternet sitelerinin tamamına erişimin engellenmesine ilişkin olarak verilen kararlara karşı aldığı pozisyonu sağlamlaştırmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında öncelikle; “... *daha hafif nitelikteki bir müdahale tedbirinin varlığı araştırılmaksızın tedbir konusu içerikle ilgisi olmayan ve sayısal olarak kıyaslanamayacak ölçüde çok URL adresindeki yayına erişimi engellemeye yönelik genel bir yasağın uygulanması, bu kararın verilmesine gerekçe olarak gösterilen içeriklerin içerik veya yer sağlayıcısı olmayan kullanıcıların da erişiminin engellenmesine yol açacak tarzda tedbir kararının genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır*” şeklinde, sayısız URL adresinin barındırıldığı İnternet sitelerinin tamamına erişimin engellenmesinin, karar konu içerikle hiçbir ilgisi olmayan kullanıcıların da erişiminin engellenmesi anlamına geleceğini vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi 29 Mayıs 2014 tarihli ve 2014/4705 başvuru numaraları kararının 64. paragrafında, “... *siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.*” şeklinde, bir İnternet sitesinin tamamına erişimin engellenmesinin, temel insan haklarından biri olan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.

5651 Sayılı Kanun'da yapılması öngörülen bu esaslı değişiklik incelendiğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'ne tanınan, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleme yetkisinin göz ardı edildiği tespit edilmiştir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli yukarıda bahsi geçen kararlarında, bir İnternet sitesinin tamamen erişime engellenmesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Diğer yandan, bir İnternet sitesinin tamamının erişime engellenmesini mümkün kılan hüküm, haber veya ulusal gazete yayınları yapan İnternet sitelerinin de erişime engellenmesinin önünü açmaktadır. Bu bağlamda söz konusu hüküm yalnızca ifade ve haber alma özgürlüğünün ihlali sonucunu meydana getirmeyip, aynı zamanda basın özgürlüğünün de ihlaline yol açabilecek kararların önünü açmaktadır.

Anayasa'nın 28. maddesi uyarınca “basın hürdür, sansür edilemez”. 5651 Sayılı Kanun'a eklenmesi teklif edilen 8/A maddesinin 3. fıkrasında yer alan bu yaptırımın haber içerikli bir İnternet sitesine uygulanması hâlinde birçok haberin yayılması engellenmiş ve kişilerin haber alma özgürlükleri, biçimde sınırlandırılmış olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, bir basılı eserin dağıtım faaliyetinin durdurulması cezasına ilişkin verdiği 1996/70 E. ve 1997/53 K. sayılı kararında “*Belirli süre dağıtım faaliyeti durdurulan dağıtım kuruluşu hiç bir basılı eseri dağıtamayacaktır. Dolayısıyla, okuyucuların haberlere ulaşması-bilgilenme hakkı belirli süre için ortadan kaldırılmış olacaktır. Yasakoyucu, Anayasa'da öngörülmeleyen nedenlerle, basın ve haber alma özgürlüğünü sınırlayan ya da ortadan kaldıran önlemler alamaz*” şeklinde belirttikten sonra dağıtım faaliyetini durdurma cezasının, “*dağıtım zorunluluğu getirilerek sağlanmak istenen bireyin bilgilenme hakkını gerçekleştirme amacıyla*” çelişeceğini belirtmiş ve “*amaca ulaşmaya uygun olmayan bu tür cezanın öngörülmesinin zorunlu olduğu da savunulamaz*” ifadesi ile cezanın amaca uygun olmadığına işaret etmiştir. Son olarak da “*Bireyin haberlere ulaşabilme hakkının belirli süre için de olsa aşırı biçimde sınırlandırılması demokratik toplum düzeni gerekleriyle bağdaşmaz*” ifadesi ile basın özgürlüğünün aşırı biçimde sınırlandırılmasının aykırılığını vurgulamıştır. Bu bağlamda belirli bir süre için dahi olsa haber içeriği bulunan bir İnternet sitesinin tamamının erişime engellenmesi, basın özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracak ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına aykırı olacaktır.

8/A maddesinin 4. fıkrası kapsamında, Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından temin edilmesi öngörülen kullanıcı bilgileri, Türk hukuku kapsamında “kişisel veri” olarak nitelendirilmektedir ve bu kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrası ile

korunmaktadır. 8/A maddesinin 4. fıkrası kapsamında gerekli görülen bilgilerin içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından hâkim kararı üzerine adli mercilere verileceği düzenlenmiş ancak bu verilerin hangi amaçla kullanılacağı, ne kadar süre ile saklanacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla madde ile Anayasa ile korunan temel bir hakka müdahale öngörülmektedir. Gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları kapsamında, hakka yapılan bu müdahale, demokratik toplumda gerekli olma, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük ile son çare olarak kendini gösterme şartlarını karşılamamaktadır. Bu müdahalenin dayanağını oluşturan ve yukarıda belirtilen değişikliğin yer aldığı kanun maddesi de öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır. Dolayısıyla söz konusu madde Anayasa'ya da aykırıdır.

Türk hukukunda belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler kişisel veri olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay içtihatlarında da kişisel veri kavramı; *“kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli bilgi”* olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesi uyarınca herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir ve bu hak kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.

Kişisel verilerin (Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından 8/A maddesi kapsamında talep edilebilecek bilgilerin) Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcılarından, kişilerin rızası olmaksızın istenmesi, Anayasa ile koruma altına alınmış olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ve dolayısıyla özel hayatın gizliliğine müdahale anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları kapsamında temel hak ve özgürlüklere müdahale, ancak müdahalenin demokratik toplumda gerekli, yani bir *“zorlayıcı sosyal ihtiyaç”* olması, müdahalenin hakkın özüne dokunmaması ve

ölçülü olması halinde ve son çare ya da alınabilecek son önlem olarak kendini göstermesi halinde hukuka uygun olacaktır.

Anayasa Mahkemesi 2014/3986 sayılı bireysel başvuru hakkında verdiği 2 Nisan 2014 tarihli kararında şu ifadeleri kullanarak hak ve özgürlüklere yönelik sınırlayıcı müdahalelerin son çare olması gerektiğini vurgulamıştır: “...sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın karşılanması ya da gidilebilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmemektedir.”

İnternet kullanıcılarına ilişkin bilgilerin kanun gereğince herhangi bir sebebe dayalı olmaksızın temin edilmesinin en son çare niteliğinde olmadığı ve zorlayıcı sosyal bir ihtiyacı karşılamadığı aşikârdır. Başbakanlık ve Bakanlıklar bu maddeye dayanarak keyfi olarak dahi trafik bilgilerini talep edebilecektir.

Başbakanlık ve Bakanlıklarca talep edilen bu bilgilerin hangi amaçlarla ve şartlarla temin edebileceği, hangi tedbirleri alarak koruyacağı, kimler tarafından nasıl erişilebileceği, kimler ile paylaşılabilirliği, nasıl ve ne kadar süreyle saklanacağı, nasıl ve ne zaman imha edileceği, gibi hususlar ilgili değişiklik hükmünde düzenlenmemiştir. Ayrıca bu bilgilerin Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından bu denli geniş bir yetkiyle talep edilebiliyor olduğu hallerde veri sahibinin kendisi hakkındaki bu verilerin toplandığından dahi haberi olmayacağından, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan haklarını kullanamayacağı da aşikârdır.

5651 Sayılı Kanun'a eklenmesi öngörülen 8/A maddesinin 5. fıkrası kapsamında, içeriğe erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin yayından kaldırılmasına ilişkin kararı yerine getirmeyen erişim sağlayıcılar ile ilgili içerik ve yer sağlayıcılara idari para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu madde kapsamında öngörülen içeriğin çıkarılması veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının hali hazırda Anayasa ile koruma altına alınan temel hak ve hürriyetlere aykırı olduğu hususu bir kenara, bu kararı yerine getirmeyenler hakkında öngörülen idari para cezası ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayan bir müeyyidedir. Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği üzere temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar da,

Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

Ölçülülük ilkesi ceza hukukunun temel ilkelerinden biridir. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/80 Esas, 2013/16 Karar sayılı kararında da belirttiği gibi *“Bu ilke ise ‘elverişlilik’, ‘gereklilik’ ve ‘orantılılık’ olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. ‘Elverişlilik’, başvuru olan önlemin ulaşılma istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik’ başvuru olan önlemin ulaşılma istenen amaç bakımından gerekli olmasını, ‘orantılılık’ ise başvuru olan önlem ile ulaşılma istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.”* ve *“ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.”*

“Ölçülülük” ilkesi göz önünde bulundurulduğunda; ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde tedbir getirecek olan içeriğin çıkarılması ve/veya içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen ilgili İnternet aktörlerine elli bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilmesi de ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Sonuç olarak yukarıda detaylı olarak açıklanan sebeplerle; Torba Kanun ile 5651 Sayılı Kanun'a eklenmesi öngörülen 8/A maddesi Anayasa'ya aykırıdır.