

KONU: 15.04.2015 Tarih ve 6639 Sayılı “BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN” un 29. Maddesi ile düzenlenmiş olan 4.5.2007 tarih ve 5651 Sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” a 8. Madde’den sonra gelmek üzere 8/A Maddesi ile yapılan;

“(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, üç bin günden on bin 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.”

şeklinde eklenen hükümler Anayasa’ya aykırı olduğunu düşünüyoruz.

I. İLGİLİ HÜKÜMLERİN ANAYASA’YA AYKIRILIĞI VE İPTAL GEREKÇELERİNİN ÖZETİ

Yukarıda “Konu” altında yer verilen hükümlerin Anayasa’ya aykırılığı ve iptal gerekçeleri özet olarak şu şekilde belirtilebilir:

- i. Hükümlerde yer alan ifadelerin muğlak ve keyfi uygulamalara sebep olabilir nitelikte olması, hukuki belirlilik ilkelerinden uzak olması, **idareyi yargı organı görev ve yetkileriyle donatması ve bu sayede yetki aşımına imkan vererek anayasal düzenin temeli olan erkler ayrılığını zedelemesi** sebebiyle Anayasa'nın 2. Maddesi'ne aykırılık söz konusudur.
- ii. Esas itibarı ile ancak toplumun tamamına yönelmiş, varlığını tehdit eden, gerçekleşmesi kesin bir tehdit karşısında, sadece bu tehdidi gidermeye yönelik olarak usul, içerik ve süresi sınırlandırılmış, kendisi ve uygulaması bağımsız yargı denetimine tabi olmasına gereken kanunla getirilebilecek bir önlem olan, erişim engelleme yetkilerinin kapsamı ve bu yetkilerin kullanılması bakımından yürütme organına tanınan geniş yetkiler sebebiyle, Anayasa'nın 5. Maddesi'nde yer alan "Devletin yükümlülüklerine" aykırı bir düzenlemedir.
- iii. Birleşmiş Milletler ("BM") Konseyi, Avrupa Birliği ("AB"), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") ve Anayasa Mahkememiz tarafından dördüncü kuşak temel haklardan biri olarak kabul edilmiş ve artık ifade hürriyeti, basın hürriyeti, haber alma hürriyeti, haberleşme hürriyeti, iletişim hürriyeti ve ticari faaliyette bulunma hürriyetinin ayrılmaz bir unsurunu teşkil eden "internete erişim" hakkının sınırlandırma ölçütleri konusunda Anayasa'nın 13. Madde'si ihlal edilmiştir.
- iv. İnternetin ifade, basın, haber alma, haberleşme, iletişim ve ticari faaliyette bulunma hürriyetlerinin kullanılmasında günümüzde elzem, ikame edilemez ve en önemli araç özelliği teşkil etmesine ve bu durumun Türkiye'nin de üyesi olduğu uluslararası topluluklar tarafından kabul edilmesine rağmen erişim engelleme kararlarının tamamen idarenin takdirine tabi olarak keyfi, ölçüsüz ve orantısız kısıtlamalara tabi tutulması Anayasa'nın 22. ve 26. Maddeleri'ni ihlal etmektedir.
- v. Kanun ile düzenlenmiş ve cezai soruşturma gerekçesi gösterilen eylemlerin gerek Anayasa gerekse hukukun evrensel ilkeleri ile bağdaşmaması sebebiyle Anayasa'nın 36. ve 38. Maddeleri ihlal edilmiştir.
- vi. Erişim engelleme kararlarına içeriği engellenen kişinin başvurabileceği etkili bir başvuru yolunun bulunmaması Anayasa'nın 40. Maddesi'ni ihlal etmektedir.
- vii. Eklenmesi teklif edilen hükümler 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 ölçüsüz ve orantısız kısıtlama serbestisi tanıyan 8. Maddenin 16. Fıkrasında iptal edilmiş kanun maddesi ile özdeş ve hatta sınırları daha da genişletilmiş şekilde yetki düzenlemeleri içeren bir hüküm olması sebebi ile Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olması özelliğini düzenleyen Anayasa'nın 153. Maddesi'ni ihlal etmiştir.
- viii. Eklenmesi teklif edilen hükümlerin beşinci fıkrası ile düzenlenen idari para cezaları, cezayı düzenleyen fiillerin Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra atıl kalacağından, erişim, içerik ve yer sağlayıcılar için öngörülmüş olan ceza hükmünün de iptal edilmesi gerekmektedir.

II. İPTAL GEREKÇELERİ HAKKINDA AYRINTILI AÇIKLAMALAR

1- İlgili hükümlerde yer alan ifadeler, muğlak ve keyfi uygulamalara sebep olabilir nitelikte olması ve hukuki belirlilik ilkelerinden uzak olması sebebiyle Anayasa'nın 2. Maddesi'ne aykırıdır:

15.04.2015 Tarih ve 6639 Sayılı “BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN” un (“**Torba Yasa**”) 29. Maddesi ile düzenlenmiş olan 4/5/2007 tarih ve 5651 Sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’a 8. Maddeden sonra gelmek üzere 8/A Maddesi ile yapılan eklemede bulunan,

“(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.

ile,

(3) Bu madde kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şekilde) 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.”

hükümleri, Anayasa'nın “Cumhuriyetin Nitelikleri” başlıklı ikinci maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki;

Anayasa'nın ikinci maddesine göre,

“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

Buna göre, hukuk devleti olmak, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ve olmazsa olmaz niteliklerinden biridir. Gerek Anayasa, yargı kararları, gerekse evrensel demokrasilerde kabul edildiği esaslara göre hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz unsurlarından birisi anayasal devlet anlayışı, diğeri ise hukuki belirlilik ilkesidir.

Anayasal devlet anlayışı, devletin görev ve yetkilerinin Anayasa ile belirlenmesi ve bu yetkiler kullanılarak oluşturulan kanunların Anayasa ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi ve Anayasa ile korunmuş olan tüm hak ve hürriyetlerin çerçevesinin, anayasacılık amaç ve tekniğine uygun şekilde düzenlenmesine hizmet eden devlet anlayışıdır. Buna göre anayasal devlet, bir hukuk devleti olarak düşünüldüğünde, zorunlu bir şekilde devletin kudretini farklı organlar arasında paylaşmak suretiyle bir devletin ve devlet içinde herhangi bir organın mutlak bir güç merkezi olmasının önüne geçen bir anayasanın varlığı olarak anlaşılmalıdır. Bu yaklaşım, hukuk devletinin esasını teşkil eden üstün bir yasa ile bağlı ve sınırlı olmak düşüncesi ile de uyumludur.¹

Hukuki belirlilik ilkesi ise, yasama organı tarafından meydana getirilmiş tüm düzenlemelerin, gerek idare, gerekse bireyler bakımından hiçbir tereddüte mahal bırakılmaksızın anlaşılabilir olması, yaptırımların neden ve sonuçlarının açık ve anlaşılır olması, kamu otoritelerinin, kanun tarafından yetkilendirilmiş dahi olsa, keyfi şekilde takdir hakkı kullanması ihtimalini barındırmaması olarak anlaşılmalıdır. Kanunlar, ancak ve ancak koşulları önceden belirlenmiş ve tüm bireylerle eşit şekilde paylaşılmış emir ve önlemleri yaptırım altına alabilirler. Bireyler, keyfi şekilde cezalandırılmaktan ya da temel hak ve hürriyetlerinin hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmasından sadece yasallık ve hukuki belirlilik ilkesi ile korunabilirler. Belirlilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin alt ilkesi olan hukuksal güvenlikle doğrudan bağlantılıdır. Ayrıca, erkler ayrılığının gereği gibi uygulanmasını sağlar. Şöyle ki, belirlilik ilkesinin gözetilmediği durumlarda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kararlarının yasayla alınması zorunluluğu tartışmalı hale gelir ve bu kararların alınması, düzenlenen bir kanunla yürütmeye bırakılırsa, erkler ayrılığının temel prensiplerinden olan yürütme faaliyetlerinin sınırlandırılması ve denetlenmesinin yargı ve yasama eli ile gerçekleştirilmesi ilkesi işlemez hale gelir. Yasaların bulundurma gereken somut verileri içermemesi halinde, yürütmenin yasayla bağlılığı ilkesi yalnızca teoriden ibaret olur. Belirsiz bir yasa ile yasama yetkisini kullanan devlet, anayasal ilkelere aykırı davranmış olacağından, demokratik devlet esaslarına da uyulmamış olacaktır.

Torba Yasa'nın 8/A maddesi ile düzenlenen "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."

¹ Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi,2011, Dr. Onur Sır, Syf:131)

Hükmüne göre, yaşam hakkı, kişilerin can ve mal güvenliklerinin korunması, milli güvenlik ve kamu düzeni korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması hallerinden birinin veya birkaçının varlığı halinde, yürütmenin başı olan Başbakanlık ve yürütme faaliyetine vücut veren ilgili bakanlıklara, içeriğin çıkartılması ve engellenmesi kararı verebilme yetkisi tanınmıştır.

Öncelikle, erişim engelleme kararı verilen içeriğin, hangi hal ve kapsamda yaşam hakkını tehdit edeceği, kişilerin can güvenliğini veya genel sağlığı etkileyeceği veya hangi suçların işlenmesinin erişim engelleme kararı ile önüne geçileceği belirtilmemiş, bu konudaki takdir yetkisi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tamamen Başbakanlık ve Bakanlıklara bırakılmıştır. **Kanunun, bireylerin hak ve hürriyetlerine, hukuk güvenliğine hizmet etmesi gerekirken, tamamen soyut ve genel ifadelerle internete erişim ve bununla doğrudan bağlantılı olarak ifade, basın, haber alma, iletişim, haberleşme ve ticari faaliyette bulunma hürriyetleri kısıtlanmıştır.**

Kanun gerekçesinde hukuken korunması gereken yüksek menfaatin göz önünde bulundurulduğu belirtilse de, internet üzerinden yaşam hakkı ihlalinin, genel sağlığı etkileyici fiil ya da içeriğin, kamu düzeninin veya güvenliğinin korunmasının veya suç işlenmesinin önlenmesinin önüne geçilmesinin herhangi bir siteye erişimin engellenmesi kararının verilmesi ile gerçekleşmeyeceği aşikâr olduğu gibi, böyle bir durum olduğu iddia ediliyor olsa dahi en azından **kesin illiyet rabitasının tesisi üzerine usulüne uygun olarak çıkarılacak kanunla yapılması gerekir.** İnternette paylaşılan içeriğin hangi hal ve durumlarda bahsedilen yüksek kamu menfaatlerine hizmet için engelleneceği muammadır. Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan haller de tanımlanmamıştır. Düzenleme, yasamanın, kanunu uygulama konusunda yürütmeye geniş takdir yetkisi bıraktığını kanıtlar niteliktedir ki bu durum hukuki belirlilik ve anayasal devlet ilkeleri ile bağdaşmaz.

Kanun koyucunun, Anayasa'da da yer alan kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi genel kavramlara yer vermek suretiyle belirlilik ilkesini dolanmak amacıyla oluşturduğu yasa metni dikkate alındığında, belirtilen bu kavramlar her ne kadar bugün hukuk diline geçmiş olsa da, bu durum belirlilik kazanmak için yeterli değildir. Bugün bu kavramların Anayasa'da yer alması dahi tartışma konusuyken, hiçbirinin somutlaştırılmaksızın doğrudan doğruya temel hürriyetleri kısıtlama ve hatta bireyler hakkında ceza soruşturması sonuçları doğuracak yasaya temel alınması hukuk kurallarına aykırıdır. **Bu kavramların Anayasada da bulunması, somutlaştırma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz.** Çünkü anayasalar, bireylere doğrudan uygulanacak normları değil, devlet ve bireyin temel haklarının kullanılmasına ilişkin çerçeve hükümleri ihdas eder. Bir kanunun "hukuken belirli" olduğundan bahsedilebilmesi için sayılan şu şartların gerçekleşmesi gerekir:

- Temel haklara müdahalenin oranına bağlı olarak yasada olan normların somutlaştırılması gerekir.
- Yasa tekniği açısından daha somut bir düzenleme ve kavram kullanma olanağı varken, bu olanağın kullanılmayıp soyut ve belirsiz hükümlerle kişilerin hürriyetini

sınırlandırmak veya kişiler hakkında ceza soruşturması yapmak belirlilik ilkesine aykırıdır.

- Belirsiz hukuki kavramların, en azından yargılama veya hukuki yorum yöntemleri ile açıklanabilir olması elzemdır.
- Yasanın uygulamasında yeknesaklık sağlanamayacaksa belirlilikten söz edilemez.²

İlgili Kanun'un, erişim engelleme ihlal teşkil eden URL bazında verilmesinin teknik olarak mümkün olmadığı veya ihlalin bu yolla önlenemediği durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik erişim engelleme kararı verilebileceğini düzenleyen hükümleri de hukuki belirlilik ilkesine aykırıdır. **Uygulamada, merkezi yurt dışında olan arama motorlarının ve 5651 Sayılı Kanun tarafından "yer sağlayıcı" olarak tanımlanan sosyal paylaşım sitelerinden, içeriğin dört saat içinde kaldırılması ihtimalinin imkânsıza yakın bazı hallerde ise imkansız olduğu teknik olarak ispat edilebilen maddi bir vakıadır.**

Bir arama motoru, arama sonucu listesinden bir URL'yi çıkarsa bile ilgili teknolojinin gereği olarak bunun arama sonuçlarına yansımaları saatler, hatta günler alır. Sosyal medya sitelerinde, içeriğin paylaşılma ve yayılma hızı göz önüne alınırsa her bir URL'nin dört saat içinde kaldırılamayacağı da ortadadır. Kaldı ki, 5651 Sayılı Kanun'a göre yer sağlayıcılar içerikten ve içeriğin hukuka uygunluğu bakımından ön denetlenme yapmaktan sorumlu değildir.

Ayrıca hangi teknik sebeplerle ihlalin tüm site için kapatma yaptırımını uygulanmasını gerektirdiği veya ihlalin bu yolla önlenip önlenmeyeceği konusunda takdir merciinin kim olduğu da maddede belirtilmemiştir.

5651 Sayılı Kanun'a Şubat 2014'te eklenen 9/A Fıkrasının Anayasaya'ya ve yargı erkinin yükümlülüklerine uygun olarak yerine getirilebilmesi için, teknik imkansızlık veya ihlalin önüne geçilememe durumu tekrar Sulh Ceza Hakimi tarafından tespit edilerek tüm hizmete erişimin engellenmesine yönelik yeni bir hüküm tesis edilmesi gerekir. Aksinin kabulü bireyleri ve tüzel kişilikleri Erişim Sağlayıcılar Birliği'nin ve/veya idarenin merhametine ve eline bırakır.

Yine, içeriğin sadece ihlal teşkil eden kısmı kaldırılabilirken mahkemece yahut Başbakanlık veya ilgili Bakanlıkça tüm siteye erişimin engellenmesi kararı verilmesi halinde bunun yaptırımının ne olacağı da maddede düzenlenmemekle, internet sitesi kaldırılan kişi veya kurumların bu konuda etkili kanun yollarına başvurmaları önlenmiştir. **Madde, idareye çok geniş bir takdir yetkisi bırakarak idareyi yargı organı yerine koymakta, yetki tecavüzü hali yaratmakta ve anayasal düzenin temeli olan erkler ayrılığını zedelemektedir.**

Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik hakkında daha önce vermiş olduğu, 2013/39 Esas sayılı ve 22.05.2013 tarihli kararında,

² Belirlilik ilkesine Anayasal Bakış, AÜEFD, C.IX,1-2 2005, Dr. Osman Can

“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 imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.”

belirtmiş olduğu işbu gerekçelere göre, hukuki belirlilik ilkesine aykırılık, hükmün iptali sonucunu doğurmalıdır.

2- Esas itibarı ile ancak toplumun tamamına yönelmiş, varlığını tehdit eden, gerçekleşmesi kesin bir tehdit karşısında, sadece bu tehdidi gidermeye yönelik olarak usul, içerik ve süresi sınırlandırılmış, kendisi ve uygulaması bağımsız yargı denetimine tabi olmasına gereken kanunla getirilebilecek bir önlem olan erişim engelleme yetkilerinin genişliği ve bu yetkilerin kullanılması bakımından yürütme organına geniş yetkiler tanınması sebebiyle, Anayasa'nın 5. Maddesi'nde düzenlenen devletin yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmektedir:

Anayasa'nın, “Devlet'in Amaç ve Görevleri” başlıklı 5. Maddesi, aşağıdaki temel hususları düzenler:

“Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

Anayasa'nın işbu maddesinden açıkça anlaşıldığı üzere, devletin, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlamaması prensibine dayalı negatif yükümlülüğünün yanı sıra, bu hak ve hürriyetleri sınırlayan siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak gibi bir pozitif yükümlülüğü de mevcuttur. İlgili Kanun ile getirilen düzenlemelerde, tanınan geniş takdir yetkisi ile yürütmenin keyfi şekilde karar almasına zemin hazırlayan yasama organı, temel hak ve hürriyetlerin hukuka uygun şekilde kullanılmasını sağlama pozitif yükümlülüğüne aykırı davranmıştır.

3- Birleşmiş Milletler (“BM”) Konseyi, Avrupa Birliği (“AB”), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) ve Anayasa Mahkememiz tarafından dördüncü kuşak temel haklardan biri olarak kabul edilmiş ve artık ifade hürriyeti, basın hürriyeti, haber alma hürriyeti, haberleşme hürriyeti, iletişim hürriyeti ve ticari faaliyette bulunma

hürriyetinin ayrılmaz bir unsurunu teşkil eden “internet erişim” hakkının sınırlandırma ölçütleri konusunda Anayasa’nın 13. Madde’si ihlal edilmiştir:

Temel Hak ve Hürriyetler, ulusal ve uluslararası mevzuatta tanınmış, bireye yalnızca kişi olarak tanımlanması nedeniyle hasredilen, Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile güvence altına alınmış hürriyetlerdir.

2003 yılının Aralık ayında yapılan Birleşmiş Milletler Bilgi Toplumu Dünya Zirvesi’nde, Birleşmiş Milletler Kurucu Belgesi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (“İHEB”) çerçevesinde sürdürülebilir gelişim ve yaşam kalitesini artırma yönünde insanların ve toplumların potansiyellerini azami ölçüde kullanabilmeleri için herkesin bilgi yaratma, bilgiye ulaşma, bilgiyi kullanma ve paylaşma hakkı olduğu ve bu hakları kullanabilmelerini sağlayacak şartların yaratılması hususunda katılımcı devletler, özel sektör ve sivil toplum temsilcileri bir sonuç bildirisi yayınlamışlardır.

Birleşik Krallık Devlet Televizyonu BBC, 2009 – 2010 arasında, aralarında Türkiye’nin de bulunduğu 26 ülke ve 14 bini İnternet kullanıcısı dahi olmayan 27 bin yetişkin nezdinde yaptığı bir araştırma sonucunda, her beş kişiden birinin yani %79’luk bir kesimin İnternet erişimini temel bir insan hakkı olarak gördüğü ortaya çıkmıştır. Ülkemiz bakımından da sonuç çok ilginçtir. Ülkemizde İnternet erişiminin temel bir hak olduğunu düşünenlerin oranı %91 çıkmıştı. Bu sonuç Avrupa’da Portekiz’in ardından ikinci en yüksek sonuçtur.

16 Mayıs 2011 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu İnsan Hakları komisyonu raportörünün katkılarıyla hazırlanarak yayınladığı bir raporla İnternet erişiminin temel bir insan hakkı olduğunu ve bu sayede insanların fikir ve ifade hürriyetlerini kullanabildiğini ifade etmektedir. Bu rapora göre,

- Keyfi olarak İnternet sitesi veya içerik bloklama ve filtreleme adli veya tamamen bağımsız düzenleyici makam tarafından kanuni sınırlamalara uygun olarak yapılmalıdır. Şahsi yorumuma göre düzenleyici kurumun bu yetkisi ani bloklama veya filtreleme için yargılamayı gerektiren haller dışındaki çocuk pornosu, dolandırıcılık ve terör suçları gibi zararın çok büyük ve hukuk ihlalinin çok açık olduğu hallerle sınırlı olmalıdır.
- Meşru fikir ve ifade hürriyeti kullanımları ceza hukuku kapsamında çıkarılmalıdır.
- Hizmet sağlayıcılara gayri makul sorumluluklar yüklenmemelidir.
- Yetersiz mahremiyet ve gizli bilgi korumasının iyileştirilmesi için düzenlemeler yapılmalıdır.

Bahsedilen raporda kabul edildiği üzere, internete erişim hakkı, ifade hürriyeti ve haberleşme hürriyeti ile doğrudan ilgili olup, hukuk literatüründe dördüncü kuşak haklardan biri olarak yerini almıştır. Bu sebeple, internete yapılacak herhangi bir ölçüsüz kısıtlama, temel hak ve özgürlüklere ket vurulması anlamına gelecektir.

Avrupa Birliği Parlamenter Meclisi 4 Mart 2014'te Internet erişiminin, ifade hürriyetinin, eğitim hakkının, kültürel hayatta yer alma hakkının, siyasi hakların, toplanma, örgütlenme ve dernekleşme haklarının kullanılabilmesini gerçekleştiren bir olgu olduğunu kabul etmiştir. Internet'i bu sebeple AIHS'nin 10. Maddesi çerçevesinde değerlendirdiklerini bildirmiştir.

AB, BM'e ve üye devletlere de bu konuda uyum halinde kodifikasyon çağrısı yapmıştır. Estonya, Finlandiya, Fransa gibi ülkeler Internet erişimini temel bir hak olarak kabul edip kendi iç mevzuatlarına dercetmişlerdir. **Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. Maddesi'ne göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabilir.** Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Tüm bu kanun hükümleri ve belirtilen hukuk prensipleri ışığında, bir hakkın sınırlandırılabilmesi için gerçekleşmesi zorunlu olan unsurlar şunlardır:

- a) Söz konusu sınırlamanın kanunla öngörülüp öngörülmediği ve hukukilik koşulunu karşılayıp karşılamadığı incelenir.
- b) Yapılan müdahalenin sınırlama ölçütlerine yani meşru amaca uygun olup olmadığı değerlendirilir.
- c) Müdahalenin demokratik bir toplumda zaruri olup olmadığı dikkate alınır.³

Hakların, belirlenen bu ölçütlerin dışında bir sebeple sınırlandırılması kabul edilemez ve demokratik bir toplumda hakların sınırlandırılmasına yol açacak müdahale, sıradan kaygılara dayanılarak gerçekleştirilemez.

Sınırlandırılması mümkün olan hakların da, özüne (hakkın çekirdek alanına) müdahale edilmeksizin sınırlandırılması esastır. Dolayısıyla, bir hakkın sınırlandırılabilir olması, o hak

³ Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Rejimi, Sınırlama ve Güvence ilkeleri, Anayasa Çalıştay, Doç. Dr. Haydar Burak Gemalmaz

sınırlandırılabilir olsa dahi mevcut sınırlandırma sebepleri ortadan kalktığında, hala kullanılabilirliğini korumasını gerektirir. Hakkın, sınırlandırmaya karar veren merci tarafından hiçbir sebepte faydalanılamaz hale getirilmesi, ölçüsüz bir sınırlamaya yol açar.

Özetle, internete erişim hakkı artık başlı başına dördüncü kuşak temel haklardan sayılmakla, ifade ve haberleşme, hatta basın hürriyetinin gereği gibi yaşanabilmesi için olmazsa olmaz unsurlardan biri olup, erişim hakkının sınırlanması ancak kanunla ve hakkın özüne müdahale edilmeksizin gerçekleştirilmelidir.

Torba Yasa ile eklenen, “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 ilişkin 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.” **hükmü ile** “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.” **hükmü, internet erişim hakkının ölçüsüzce ve orantısızca sınırlamaktadır.** Erişim engelleme kararının verilmesine dayanak olan sebeplerin hukuki belirlilik ilkesine aykırı olduğunu daha önce belirtmiştik. **Burada, hukuka aykırılık sebebi var olsa dahi erişim engellemesinin gerçekleşme süresi ile web sitesinin tümüne yönelik erişim engellemelerinin ölçsüzlüğü ve orantısızlığı üzerinde durmak gereklidir.**

İdari kararlar bir URL’ye (içeriğe) hatta içinde milyarlarca kişi ve kuruma ait binlerce terabayt veriyi barındıran bütün bir İnternet hizmetine erişimin engellenmesi başlı başına Anayasa’ya aykırı olduğu gibi, Başkanlık tarafından bildirilen kararın içerikten dört saat içinde kaldırılması, içeriği kaldırılan kişinin yetkili mercilere başvurmasını ve/veya engellenmenin sebebini öğrenmesini mümkün kılamayacak kadar kısa bir süredir.

İlgili Kanun’un “ (...) Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilişkin 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.(...)” hükmü ile,

“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.” hükmü, Anayasa’nın 40. Maddesi ile güvence altına alınmış savunma hakkını ölçüsüz ve orantısız biçimde sınırlamaktadır. Bu konuya ilişkin detaylı açıklama, iptal dilekçemizin “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” hükmüne ilişkin aykırılıkları konu edinen bölümünde (6. Başlık) bulunmaktadır.

Başkanlık tarafından verilen karara karşı mahkemeye başvuru yolu yine ve sadece başkanlık tarafından uygulanabilir niteliktedir. Bu durum, Anayasa’nın sınırlandırma ölçütlerine aykırıdır. İlgili bölümlerde değinileceği üzere, bu durum savunma hakkını da hukuka aykırı biçimde sınırlandırmıştır.

Keza, erişim engelleme kararının, URL bazında engelleme yapılmasının mümkün olmadığı hallerde tüm site için verilebileceğini öngören madde de, sınırlandırma ölçütlerine uymamaktadır. Engellenenin tüm site için gerçekleştirilmesinin “demokratik toplumlarda gerçek bir gereklilik” olduğu haller sadece içi boş ve soyut kavramlarla örneklendirilmiş, bunun haricinde hiçbir gerekçe gösterilmemiş ve sadece hukuka aykırı içeriği paylaşan kişinin değil, internete erişim hakkı ve ifade hürriyetini kullanan pek çok kişinin hakkı, sınırlandırma sebepleri dahi olmaksızın kullanılmaz duruma getirilecektir. **Bu durum, hakkın özüne müdahale sayılır ve demokratik hukuk devletlerinde kabul edilebilir değildir.**

4- İnternetin ifade, basın, haber alma, haberleşme, iletişim ve ticari faaliyette bulunma hürriyetlerinin kullanılmasında günümüzde elzem, ikame edilemez ve en önemli araç özelliği teşkil etmesine ve bu durumun Türkiye’nin de üyesi olduğu uluslararası topluluklar tarafından kabul edilmesine rağmen erişim engelleme kararlarının tamamen idarenin takdirine tabi olarak keyfi, ölçüsüz ve sınırsız kısıtlamalara tabi tutulması Anayasa’nın 22. ve 26. Maddeleri’ni ihlal etmektedir:

Anayasa’nın ifade hürriyetini düzenleyen “Düşüncüyü Açıklama ve Yayma Hürriyeti” başlıklı 26. Maddesi’ne göre, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama

ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.”

şeklinde yer alan hükümlerle, ifade hürriyeti güvence altına alınmış ve ifade hürriyetinin sınırlanabileceği haller tahdidi olarak belirtilmiştir.

Bunun yanı sıra Anayasa'nın “Haberleşme Hürriyeti” başlıklı 22. Maddesi'ne göre, herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

Torba Yasa'da yer alan “(4) Bu madde kapsamındaki suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında Başkanlık tarafından, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.” ve (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.”

hükümleri Anayasa'nın 22. ve 26. Maddeleri'ne aykırıdır ve konu edilen temel hak ve hürriyetleri ihlal etmektedir.

Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasamızın 90. maddesine göre kanun hükmünde olup, bu Sözleşme ve onu yorumlayan ve içtihat hukuku ile geliştiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da yerel mahkemeler tarafından dikkate alınması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen 552 ifade hürriyeti ihlali kararının 231'i yani %41,8'i ülkemiz aleyhine verilmiştir. Türkiye'yi ikinci sırada ancak ve sadece 34 kararla Avusturya takip etmektedir. Ülkemizde rakamı tam olarak bilinmemekle birlikte en az yaklaşık 60 bin web sitesine erişim engellenmiştir.

Anayasa'nın ve demokrasi prensiplerinin gelişebilmesi ve toplumda çoğulcu demokrasi anlayışının yerleşebilmesi için, ifade hürriyetinin ne kadar olmazsa olmaz bir şart olduğu, bugün gerek Anayasa ve Kanunlarda gerekse uluslararası düzlemde tartışmasıdır. Bu konuda, devletin; bireylerin ifade hürriyeti hakkını kullanmasına mani olmama negatif yükümlülüğü

gibi, ifade hürriyetinin gereği gibi kullanılabilmesi ve buna ilişkin ortam ve imkânın topluma yerleştirilerek fikir teatisinin sağlanabilmesi için gereken her türlü tedbirin alınması pozitif yükümlülüğünün bulunduğu, içinde yaşadığımız yüzyılın ve toplumların gereklerine bağlı olarak kabul edilmektedir. Mahkeme kararlarında sıklıkla vurgulandığı üzere, demokrasilerde eleştirilmeyecek kişi ya da kurum yoktur. Hatta şu kadar ki, Anayasa'yı, kanunların öngördüğü çerçevede eleştiren kişiler dahi, anayasanın bu güvencesinden faydalanırlar. Eğer Devlet ve Hükümet, pozitif yükümlülüğünü, eleştirel tüm yorumlara karşı soruşturma ve kovuşturma başlatmak şeklinde uygulama yolunu seçerse, bu durumda toplumdaki bireyler düşüncelerini sürekli bir tehdit altında olmaktan kaçınmak için paylaşmaktan imtina ederler ki bu durumda, devlet ve hükümet, anayasa ile güvence altına aldığı hakları dolaylı yoldan kullandırtmamış olur. İptali istenen yasa metninde geçen, "(...) suça konu içeriği yayan ve oluşturan kişiler hakkında Başkan suç duyurusunda bulunur." İfadesindeki hukuki belirsizlik ve öngörülemezlik sebebiyle, bireylerin fikirlerini paylaşmaktan imtina etmesi söz konusu olacak ve yasama eliyle bireyin ifade hürriyeti alanına ölçsüz bir müdahale ortaya çıkacaktır.

Ayrıca, ifade hürriyeti ve diğer temel hak ve hürriyetlere ilişkin sınırlamaların toplumun tamamına yönelik açık ve yakın bir tehdide karşılık verebilir nitelikte olup yasayla öngörülmesi, kapsamının belli olması, keyfi olmaması ve yargı denetimine tabi olması gerekir. Soruşturma kapsamındaki ifadelerin suç sayılması hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik bakımından Anayasa'ya da aykırılık teşkil edecektir. **(AİHM 10308 Sayılı ve 13.11.2008 tarihli Kayasu/Türkiye Kararı)** Şüphesiz ki, hukuki sınırlandırma ölçütlerine uymaksızın verilen erişim engelleme kararı, kişilerin internet üzerinden ifadelerini yayması ve haberleşme özgürlüğünü de ihlal eder.

Anayasa Mahkemesi'nin şirket merkezi yurt dışında bulunan ve yer sağlayıcı sıfatını haiz bir sosyal paylaşım sitesi hakkında, sitenin tamamına erişimin engellenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin bir başvuru neticesinde verdiği 2 Nisan 2014 tarihli ve 2014/3986 sayılı kararında; **"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"**.

Şeklinde verilen kararla, internet erişimi hakkının diğer temel haklarla bağlantısı ve bu konuda idarenin göstermesi gereken özen vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, İnternete erişim ile kullanılabilen sosyal medya alanlarının ifade özgürlüğü bakımından bulunduğu konunun önemini vurgulamış; sayıca fazla üyesi bulunan bir sitenin tamamen engellenmesinin hukuka uygun olmadığını belirtmiştir. Aynı zamanda, hiçbir kanuni temele dayanmaksızın tüm site hakkında verilen erişim engelleme kararlarının Anayasa ve Uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış ifade özgürlüğü hakkının özüne bir müdahale sayılacağına hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yine yer sağlayıcı olarak faaliyet gösteren bir video paylaşım sitesinin tamamına erişimin engellenmesi üzerine verdiği 29 Mayıs 2014 tarihli ve 2014/4705 sayılı kararında, çok sayıda içerik barındıran web sitelerinin tamamına erişimin engellenmesine ilişkin verdiği kararla idarenin bu fiillerine karşı tutumuna istikrarlı şekilde devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi, “ (..) 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 verdiği kararla, çok sayıda içerik barındıran web sitelerinin tamamına erişimin engellenmesine yönelik yaptırımların, kanunu ihlal etmeyen bireylerin de hakkına müdahale etmiş olacağını vurgulamıştır. .

Anayasa Mahkemesi 29 Mayıs 2014 tarihli ve 2014/4705 sayılı kararında , “... siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuruçuların Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.” Şeklinde hüküm vererek, tüm siteye erişimi engellemenin ifade hürriyetinin özüne zarar verdiği ve pek çok birey için ağır müdahale oluşturduğunun altını çizmiştir. .

Yakın zamanda AİHM'in Türkiye Hakkında vermiş olduğu 23.06.2009 tarih ve 3009/377 Sayılı Ahmet Yıldırım vs. Türkiye kararında,

Davada, 5651 Sayılı Kanun'un birçok uygulamasında olduğu gibi yer sağlayıcı **Google Sites'a** erişim engelleme ile ilgili hiçbir bilgi sunulmamıştır. TİB'de ilk verilen kararın infaz için yeterli olmadığından bahisle tüm Google sites'in engellenmesini mümkün kılabilmektedir. AİHM, bu tür önlemlerin her halde sözleşmeyi ihlal edeceğinin söylenemeyeceğini ancak konunun, erişimi, sınırlarını ve olası keyfi müdahaleye karşı etkili bir yargısal denetimi içeren katı yasal çerçeve ile düzenlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. 5651 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi hükmü, mahkemeye, denge incelemesi yapma, sözleşme ve mahkeme içtihadını dikkate alarak karar verme yükümlülüğü getirmediğinden bahisle, yasanın demokratik bir toplumda hukuk devletinin sağladığı korumayı sağlayamadığını belirtmiştir. Kararın devamında, "Keyfi müdahaleleri mümkün kılan 5651 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi'nin Yürürlükten kaldırılması gerektiğine karar vermiştir.

AİHM'in pilot karar niteliği teşkil eden bu kararına uygun olarak 5651 Sayılı Kanun hükümleri tartışmalıyken, yürürlükte bulunan kanuna getirilen ek yükümlülüklerle ifade ve haberleşme hürriyetinin kullanılmasına engel hükümler düzenlenmesi, hukuka ve Anayasa'ya uygun değildir.

5- Kanun ile düzenlenmiş ve cezai soruşturma gerekçesi gösterilen eylemlerin gerek Anayasa gerekse hukukun evrensel ilkeleri ile bağdaşmaması sebebiyle Anayasa'nın 36. ve 38. Maddeleri ihlal edilmiştir:

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. Maddesi'ne göre, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."

Hükmü ile bireylerin hak arama hürriyetleri güvence altına alınmış ve her bireyin savunma hakkını haiz olduğu belirtilmiştir. Savunma hakkının gereği gibi kullanılabilmesi için kişinin kendisine isnat edilen suçun niteliğinin belirlenebilir ve aleni olması gerekir. Bireyin gereği gibi savunma yapabilmesi için gerekli tüm imkânların sağlanması devletin pozitif yükümlülüğüdür. **Bu yükümlülük AİHM kararlarında da yerleşik olarak benimsenmiştir.**

İlgili Kanun'da yer alan "(...) erişim engelleme kararının gereği derhal ve en geç kararın bildirilme tarihinden itibaren dört saat içinde yerine getirilir" hükmünün, temel hakların kısıtlanması bakımından ölçsüzlük ve orantısızlık teşkil ettiğine daha önce değinmiştik.

Makul olamayacak kadar kısa belirlenen bu süre içinde, içeriğinin, suç teşkil eden veya ülkenin genel sağlığını, kamu düzeni, can güvenliğini tehdit altında bırakabilecek bir halin varlığı gibi ciddi sonuçlara yol açabileceği iddia olunan bireye bu iddialara karşı bir savunma imkânı

verilmemiş, içeriğin erişime engellenmesi için geçerli sebeplerin var olmadığını düşünen içerik sağlayıcıya hiçbir başvuru yolu sağlanmamıştır. Bu durum, Anayasa ile güvence altına alınmış olan savunma hakkını ihlal eder.

Anayasa'nın 38. Maddesi'nde düzenlenen "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı yasaya göre,

"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.

Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.

Ceza sorumluluğu şahsîdir."

Şeklinde güvenceye alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kanunilik esaslarına göre, suçta ve cezada kanunilik prensibi suça uygulanacak yaptırımın ve yaptırımlara ilişkin sınırların, hafifletici ve ağırlaştırıcı unsurlarının kanun koyucu tarafından kurala bağlanmasını gerekli kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 27.11.1980 Tarihli ve 1993/5 E. 1993/25 K. Sayılı kararında hükmettiği üzere,

"Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir.

Tüm bunlar suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Yasayı bilmemenin özür sayılmayacağı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre yasanın herkesçe anlaşılacak ölçüde açık olması da bunun doğal sonucudur. Nitekim, Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde "kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez" denilerek bu husus vurgulanmıştır.

Cezanın yasallığı ilkesi, bir suçta uygulanacak yaptırım türlerinin, ölçülerinin, hangi sınırlar içinde uygulanacağını, nelerin ne ölçüde hafifletici veya ağırlaştırıcı neden olacağını yasa koyucu tarafından kurala bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

1918 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin değişik ikinci fıkrasında bu fıkra göre verilecek cezaların türü ve miktarı açıkça belirlenmiştir. Bu nedenle fıkranın "cezanın yasallığı" yönünden Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savı yerinde değildir.

Bakanlar Kurulu'nca bir malın ithal veya ihracının yasaklanması ile eylem suç oluşturmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralda suç saptanamamakta, suç olma niteliği Bakanlar Kurulu kararına bırakılmaktadır. Bu ise Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen "suçun yasallığı" ilkesine aykırıdır.

Dava konusu kuralın suç ve cezada yasallık ilkesine aykırı olup olmadığı yukarıdaki açıklamalara göre değerlendirilmelidir."

şeklinde karar verilmek suretiyle, bir ceza hükmünün oluşturulabilmesi için, bunun bizzat kanunla ve yasal şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda yürütme organının ceza hükmü ihdas etme hak ve yetkisi yoktur. Her ne kadar yasama tarafından çıkartılan bir kanunla yürütmeye yetki verilmesi mümkün olsa da, burada önemli olan, kişilerin kısıtlayabilecek icrai güç ve donanıma sahip olan ve günlük siyasi kaygılarla hareket etme olasılığı diğer tüm erklere göre daha yüksek olan⁴ yürütmenin ilaveten temel hak ve özgürlüklerin sınırlayabilme yetkisini bünyesinde barındırması kişilerin haklarını her an kaybetme ihtimali ve korkusu içinde yaşamalarına sebep olur.

İlgili Kanun'un "(...) **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." bölümünün suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde incelenmesi halinde ise, suçta konu internet içeriği paylaşan ve yayan kişiler hakkında, başkanlığın suç duyurusunda bulunma hakkına sahip olması **Anayasa'nın 38. Maddesi'ne aykırıdır.** Kanunun geneline bakıldığında sayılan soyut prensiplerin belirlilik ilkesine aykırı olması, kanunla düzenlenen bir suç olmamasına rağmen verilebilecek erişim engelleme kararlarının hukuka aykırı olma sebepleri arasında da kendisini gösterir.

Kanun'un bütününde, suç işleme ihtimalinin varlığı halinde erişim engelleme kararlarının, mahkeme ve gecikmesinde engel bulunan hallerde Başbakanlık veya ilgili bakanlıklar tarafından verilebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasında, suçta konu içeriği oluşturan ve yayanlar hakkında TİB başkanının suç duyurusunda bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Hangi suçların bu madde çerçevesinde işlenmesi halinde içeriği oluşturanlar bakımından cezai soruşturma ve kovuşturmaya başlanacağı belirtilmemiş, içeriğin suç teşkil ettiğine dair mahkeme kararı aranıp aranmayacağı belirtilmemiştir.

⁴ Cengiz Arıkan, "Yasama Yetkisinin Devredilmezliği İlkesinin Devredilmezliği Bakımından Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ile Suç İhdası, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 66,2002,syf.30.

Maddenin bu haliyle, Başbakanlığın ya da bakanlığın, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla erişimi engellemesi üzerine aynı zamanda TİB'den, suç olduğunu bizzat kendi takdir ettiği içeriğin sahibi ve onu yayanlar hakkında suç duyurusunda bulunulmasını istemesi halinde, kişiler hakkında, sarıh olmayan gerekçelerle ve tamamen yürütmenin takdir yetkisine dayalı olarak cezai soruşturmalar başlatılabilecektir ki **bu düzenleme Anayasa'nın 38. Maddesi'ne aykırıdır.**

Kanunun, “(...)suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında **Başkanlık tarafından**, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.”

ifadesinde, suça konu internet içeriğini meydana getiren kişinin yanı sıra, suça konu içeriği yayan kişi hakkında suç duyurusunda bulunulabileceği düzenlenmiştir. **Bu düzenleme, Anayasa'nın 38. Maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun ikinci maddesine aykırıdır.**

Ceza sorumluluğu şahsidir. Suçun tipikliğini meydana getiren fiilden, sadece o fiili gerçekleştiren kişiler sorumludur. Hiç kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine göre, kanun ile suç olarak düzenlenmiş olan fiile bağlanmış yaptırımın, sadece suçun hukuka uygun bir yargılama ile tespit edilen failine uygulanması ve sonuçlarını yalnızca o kişinin nezdinde doğmasını sağlamak hukukun olmaz gerekliliklerinden biridir.

Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2012 Tarih ve 2012/106 E. 2012/190 K.sayılı kararında;

“(...)İtiraz konusu kuralda, sürücü belgesi olmadan trafiğe çıkan sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse, ayrıca tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletirici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.”; üçüncü fıkrasında, “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” denilerek suçun ve cezanın kanuniliği esası benimsenmiş; yedinci fıkrasında ise ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilerek herkesin, kendi eyleminden sorumlu tutulacağı, başkalarının suç oluşturan eylemlerinden dolayı cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Bu ilkeye göre asli ve ferî failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de, "...fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuralıdır." denilmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.

Kanun ve Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarına göre, suçun faili olduğu hukuka uygun şekilde tespit olunan kişinin haricinde hiç kimsenin, işlemediği bir suçtan sorumlu tutulamayacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla, ortada yasama tarafından suç olarak düzenlenmiş tipikliği gerçekleştirecek bir fiili olmayan kişiler hakkında, TİB başkanı tarafından soruşturma yapılmasına izin verilmesi cezanın şahsiliği prensibine aykırı ve tüm bireyleri, idarenin takdir yetkisine göre töhmet altında bırakacak nitelikte hukuk güvenliğini sarsıcıdır.

Bu sebeple hükmün Anayasa'nın 38. Maddesi'ne aykırılığı sebebi ile iptali gerekmektedir.

6- Erişim engelleme kararlarına içeriği engellenen kişinin başvurabileceği etkili bir başvuru yolunun bulunmaması Anayasa'nın 40. Maddesi'ni ihlal etmektedir:

Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40. Maddesi'ne göre, "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. (Ek fıkra: 3/10/2001-4709/16 md.) Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." düzenlemesiyle, temel hak ve hürriyetlerin etkin şekilde kullanılması güvence altına alınmıştır.

İlgili Kanun'un "(...) Bakanlıkların talebi üzerine Başkanlık tarafından internet ortamında yer alan yayımla 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.(...)" hükmü ile,

"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." hükmü, Anayasa'nın 40. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Şöyle ki,

1- İdari emir üzerine, BTK tarafından Erişim Sağlayıcılar Birliği eliyle erişimin engellenmesi üzerine, içerik dört saat içinde kaldırılmakta ve içeriği engellenen içerik sağlayıcı ve/veya yer sağlayıcıya, hiçbir bildirim ve ihbar yapılmamaktadır. Bu durumda içeriği engellenen, durumu yalnızca içeriğine tekrar ulaşmak istediğinde öğrenebilecektir. İçeriğin suç teşkil edebileceği tehlikesi sebebiyle kaldırılması olasılığında, cezai soruşturma geçirme ihtimali de bulunan içerik sağlayıcı ya da hakkında para cezasına hükmedilecek yer sağlayıcının haberi dahi olmaksızın haklarında yasal işlem başlatılabilecek olması, hukuk güvenliği ilkesini tehdit eder.

2) Başbakanlık veya Bakanlık tarafından verilmiş olan ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (“Başkanlık”) tarafından icra edilecek erişim engelleme kararının, hukuki denetime tabi olması da, zaten erişim engelleme kararını uygulayan Başkanlık eliyle sulh ceza hakimine başvurulması ile gerçekleşecek olup, hakkında yargılama yapılacak içeriğin sahibi içerik sağlayıcı ile yer sağlayıcı sürece hiçbir aşamada dahil edilmemiştir. Bu durum, Anayasa’nın 40. maddesini ihlal eder.

3) İtiraz edilen içeriğe ilişkin erişimin engellenmesi kararının Başbakanlık veya ilgili Bakanlıklarca verilmesi halinde, bu kararı icra eden Başkanlık olacağından, içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcı, idari emir teşkil eden işbu kararın gerekçesini bilmeyecek ve yargı sürecine dahil olmadığı için öğrenemeyecektir.

4) Kararın başkanlık tarafından yirmi dört saat içinde hâkime sunulması ve hâkimin kırk sekiz saat içinde karar vermesi, yargılamanın sıhhati ve güvenilirliği açısından oldukça kısa bir süredir. Temel hak ve hürriyetlere müdahale sayılan erişim engelleme kararının detaylı şekilde incelenmesi ve tüm sebeplerin ayrıntılı şekilde irdelenmesi gerekirken, ilgili hâkimliğin iş yükü de göz önüne alınırsa hükümde belirtilen süre içinde karar verilmesi, gerçek, etkin ve adil bir karar tesis edilme imkânını ortadan kaldırmaktadır.

Açıklanan sebeplerle, verilen erişim engelleme kararına ilişkin hukuki denetimin yapılamaması, Anayasa’nın kırkıncı maddesine aykırılık teşkil eder.

7- Anayasa’nın “Anayasa Mahkemesi Kararları” başlıklı 153. Maddesi’ne aykırılık söz konusudur.

Anayasa’nın, “Anayasa Mahkemesi Kararları” başlıklı 153. Maddesi’nde,

“Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez. Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.”

denilmekle, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının bağlayıcı niteliği hüküm altına alınmıştır.

Buna göre, daha önceden iptal başvurusunun konusu olmuş ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bir kanun hükmünü, aynen ya da benzer nitelikte ve fakat uygulamada özdeş nitelik taşıyan düzenlemeler yapılması Anayasaya aykırıdır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara göre,

“Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere yasama ve yürütme, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Gerekçeleriyle birlikte kararlar, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken, iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de göz önünde bulundurmamak zorundadır. İptal edilen yasalarla, sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur.

Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde, hukukun ve Anayasa'nın mutlak egemenliği vardır. Yasa koyucu her zaman hukukun ve Anayasa'nın üstün kuralları ile bağlıdır. Anayasal denetim bu amacı gerçekleştirmektedir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine yer verilmiştir. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralın yeniden yasalaşmasına Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki bağlayıcılık ilkesi engeldir. Yasama organının, iptal edilen kuralın aynını veya benzerini yasalaştırması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin etkinliği ortadan kaldırılarak yasaların yargısal denetimi anlamını yitirir.

Bir yasa kuralının, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kural ile "aynı" ya da "benzer nitelikte" olması gerekir. Bunların saptanabilmesi ise öncelikle, aralarında "özdeşlik", yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığının incelenmesine bağlıdır.”

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlik kazandırılmaz. **Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarının etkisini ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu kuşkusuz olan itiraz konusu kural, iptal edilen kurallarla teknik, içerik ve kapsam yönünden özdeştir.**

Anayasa Mahkemesi Kararlarının bağlayıcı olduğuna ve bire bir aynı olmasa dahi, değişiklikler içeren ancak uygulama bakımından özdeş sayılabilecek benzer kanunlar çıkarılmasının da Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 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. Madde'nin 16. fıkrası ile benzerlikler içermektedir. 8/A Maddesi ile yapılan eklemelerin kapsamı, iptal edilen hükmün kapsamından daha geniş tutulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 5651 Sayılı Kanun'un 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 hükme varmıştır.

Eklenmesi önerilen düzenleme ile "milli güvenlik", "kamu düzeninin korunması" veya "suç işlenmesinin önlenmesi" gibi kapsamı ve değerlendirmesi yargı organları tarafından tartışmalı ve somut olaya göre değişkenlik gösterebilecek kavramların, 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.

Belirtilen bu sebeple, 5651 Sayılı Kanun'un 8/A maddesinin düzenlenmesi Anayasa'nın 153. Maddesine aykırıdır.

8- Eklenmesi teklif edilen hükümlerin beşinci fıkrası ile düzenlenen idari para cezaları, cezayı düzenleyen fiillerin Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra atıl kalacağından, erişim, içerik ve yer sağlayıcılar için öngörülmüş olan ceza hükmünün de iptal edilmesi gerekmektedir.

5651 Sayılı Kanun'a eklenmesi talep edilen 8/A maddesinin 5. Fıkrası ile erişim engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde erişim sağlayıcılara ve yer sağlayıcılara uygulanacak para cezaları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, 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 cezasına hükmedilmiştir.

Erişim engelleme hükümlerine ilişkin verilecek iptal kararları akabinde, cezayı gerektiren bir fiilden söz edilemeyeceği için, bahsedilen düzenlemenin de iptali gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda saydığımız gerekçelerle, 15.04.2015 Tarih ve 6639 Sayılı “BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN” un 29. Maddesi ile düzenlenmiş olan 4.5.2007 tarih ve 5651 Sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna 8. Maddeden sonra gelmek üzere 8/A maddesi ile yapılan eklemenin, birinci ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları Anayasa’nın, 2., 5., 13., 22., 26., 40. ve 153. Maddeleri’ne aykırı olduğunu düşünüyoruz.

Av. Burçak Ünsal