

“ ...

1) 6518 Sayılı Kanununun 8. Maddesiyle Değiştirilen 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. Maddesinin Birinci Fıkrasının;

a) (6) Numaralı Bendindeki “... mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, ...” İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

A) Düzenlemenin Anlam ve Kapsamı

3.7.2005 tarihli ve 5398 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (6) numaralı fıkra ile Maliye Bakanlığı “Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, uygulamaya ait usûl ve esasları belirlemeye,” yetkili kılınmıştır.

Bu defa 6518 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 213 sayılı Kanun'un Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendi yeniden düzenlenerek Maliye Bakanlığına verilen vergi güvenliğini sağlamak için elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanırma ve bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirme yetkisi aynen korunur iken; Maliye Bakanlığına ayrıca “mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesinde, Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etme” ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi tanınmaktadır.

Bu düzenlemelerle Maliye Bakanlığı vergi güvenliğini sağlamak amacıyla bir yandan mükelleflere elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihaz ve sistemler ile bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretleri kullanırma zorunluluğu getirirken; diğer yandan da mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesinde, mükelleflerden vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge isteyecektir.

Böylece, vadesi geçmiş vergi borcu olmadığına ilişkin belge getiremeyen mükellefler, hem Maliye Bakanlığının zorunlu tuttuğu elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihaz ve sistemleri kullanma zorunluluğuna uymadıkları gerekçesiyle cezalı duruma düşecekler; hem de vadesi geçmiş vergi borcu olan mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretler verilmeyerek ticaret yapmaları ve dolayısıyla vergi borcundan dolayı serbest girişim özgürlükleri engellenecektir.

B) Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Anayasa'nın 2. maddesinde “hukuk devleti ilkesi” Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmış; 48. maddesinde “çalışma ve sözleşme hürriyeti” düzenlenmiş; 73.

maddesinde “vergi ödevi” mali güç ölçütüne bağlanmış; 13. maddesinde ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacağı belirtilmiştir.

Yasa koyucunun, kamu giderlerini karşılamak üzere mali güç ölçütüne göre ödenecek vergilerde, vergi kayıp ve kaçaklarını önlemek amacıyla mükelleflerin mali gücüne/vergi matrahına ulaşmak için teknolojinin elverdiği hukuka uygun vergi güvenlik önlemlerini hukuk düzenine taşıması olağandır. Nitekim, Maliye Bakanlığına elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemler ile bu cihaz ve sistemler aracılığıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga ve sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasını zorunlu kılma yetkisi verilmesi, mükelleflerin mali gücüne ulaşarak vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını sağlama amacına yöneliktir. Bu nedenle de adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerinin gereği ve sonucudur.

Ancak, mükelleflerin vergi matrahına/mali gücüne ulaşmak başka şey, vergi tahsilatını sağlamak ise bambaşka bir şeydir. Tüm borçlar gibi vergi borçları da ekonomik ve ticari hayatın dinamiklerine göre şekillenir. Ekonominin genel düzeyi ve işleyişi, izlenen para, maliye ve ticaret politikaları ile ekonomik konjoktüre göre borçlar artar veya azalır. Konu vergi ise, vergi borcunun zamanında ödenmemesi halinde vergi alacağına gecikme zammı ve faiz uygulanması gibi mali, cebri icra gibi zorlayıcı ve cezalandırıcı hukuki almasıklar devreye sokulur. Mükellefin vergi borcunu ödemesi için faaliyette bulunmasını yasaklama ya da faaliyette bulunamaz hale getirme, alacağın tahsiline hizmet etmez. Alacağın tahsili ancak mükellefin faaliyetine devam ederek borcunu ödeyebilecek kazanç elde etmesi ile mümkündür. Nitekim, Devlet, il özel idareleri ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait mahkeme masrafları, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i kamu alacakları ile bunların takip masrafları hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaktadır.

Bu bağlamda, mükelleflerin vergi matrahına/mali gücüne ulaşmak için, vergi tahsilatını sağlamanın, mükelleflerin vergi matrahına ulaşmanın alt bileşeni haline getirilmesi, Anayasaya ve hukuka aykırı olmanın yanında bütünüyle çelişkili bir durumdur.

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

Yasaların genel, objektif, adil kurallar içermesi, kamu yararını sağlama amacına yönelik olması ve hakkaniyeti gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Yasa koyucu, yasal düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, ‘elverişlilik’, ‘gereklilik’ ve ‘orantılılık’ olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. ‘Elverişlilik’, başvuru önlemin ulaşılma istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik’ başvuru önlemin ulaşılma istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve ‘orantılılık’ ise

başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul, meşru ve adil bir dengeğin olmasını ifade etmektedir.

Mükelleflerin vergi ödeme gücüne/vergi matrahına ulaşmak için Maliye Bakanlığına elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemler ile bu cihaz ve sistemler aracılığıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga ve sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasını zorunlu kılma yetkisi verilmesi kamu yararının gereğidir. Ancak, mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya ticari faaliyetlerini sürdürülebilmeleri için Maliye Bakanlığı tarafından zorunlu tutulan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinin, Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belgeye bağlanması, vergi ödeme gücüne ulaşma amacı için “elverişli” ve “gerekli” olmamanın yanında vadesi geçmiş vergi borcunun tahsili için de “elverişli” ve “gerekli” değildir. Vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilini sağlamak amacıyla mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretler verilmemesi yoluyla ticari faaliyette bulunmalarının engellenmesi ise adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi “orantılılık ilkesi” ile de bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, Anayasa’nın 48. maddesinde Devlete, özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma görevi verildiği de gözetildiğinde, vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatı için mükelleflerin ticari faaliyette bulunmalarını engelleyecek düzenlemeler yoluyla piyasadan çekilmeye zorlanmaları, Devlete verilen görevlerle bağdaşmadığı gibi vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatının hiç sağlanamaması gibi bir riski de taşımaktadır.

Bu itibarla iptali istenen ifade, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığı; çalışma ve sözleşme hürriyetini demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacak şekilde ortadan kaldırdığı ve Devlete verilen özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için gerekli önlemleri alma göreviyle uyum olmadığı için Anayasa’nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanununun 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendindeki “... mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye ...” ifadesi, Anayasa’nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) (6) Numaralı Bendindeki; “... bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, ...” İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

Mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya ticari faaliyetlerini sürdürülebilmeleri için Maliye Bakanlığı tarafından zorunlu tutulacak olan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinde, Maliye Bakanlığına mükelleflerde vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi verilmesi yanında, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etme ve ayrıca hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına usul ve esaslarını belirleme yetkileri verilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir; 123. maddesinde ise idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Kanunla düzenleme, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasını gerektirir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık gerektiren teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi idarenin takdirine bırakılabilir. Öte yandan, yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetki devredilemeyeceği için, düzenlemenin yasayla yapılması gereken durumlarda idarenin yetkili kılınması, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden, Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan çalışma hürriyeti gibi bir alanda, mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya ticari faaliyetlerini sürdürülebilmeleri için Maliye Bakanlığına verilen vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi bağlamında, bu zorunluluk kapsamına girecek vadesi geçmiş vergi borcunun ötesinde amme alacaklarının tür ve tutarlarının ve vadesi geçmiş vergi borcu belgesinin hangi hallerde aranılmayacağına yasayla belirlenmesi yerine tüm bu hususları düzenleme ve usul ve esaslarını belirleme yetkilerinin Maliye Bakanlığına bırakılması yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu ve idarenin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmadığı için iptali istenen ifade Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendindeki, "... bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, ..." ifadesi, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6518 Sayılı Kanun'un 47. Maddesi İle Değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. Maddesinin;

a) İkinci Fıkrasındaki "gibi hususlarda" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

4734 sayılı Kanun'un "Aşırı düşük teklifler" başlıklı 38. maddesinde, aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesine ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında ihale komisyonunun, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit edeceği; aşırı düşük teklifleri reddetmeden önce, teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak isteyeceği düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise,

"İhale komisyonu;

a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,

b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

Hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.” kurallarına yer verilmiştir.

Bu defa 4734 sayılı Kanun’un 38. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Hususlarında belgelendirilmek suretiyle” ibaresi, 6518 sayılı Kanun’un 47. maddesiyle “gibi hususlarda” ibaresiyle değiştirilmektedir.

İhale; devletin mal edinmesi ya da elden çıkarmasının belirli ilke, usul, şart ve kayıtlamalar altında yürütülüp sonuçlandırıldığı işlemler zinciridir. Dolayısıyla ihale kanunları Devletin mal edinmesi ve elden çıkarmasının temel normlarıdır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa veya 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi olsun ya da olmasın kamu kaynağı kullanılarak yapılan tüm ihalelerde ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasının önkoşulunu, ihalelerde saydamlığın, istekliler arasında ise rekabet ile eşit muamelenin sağlanması oluşturmaktadır.

İhalede açıklık veya saydamlığın çifte anlamı vardır: Birincisi, ihaleye katılmada serbestlik anlamında, ihalenin şartları taşıyan bütün isteklere açık olması ve giderek isteklilerin ihaleden usulünce haberdar edilmeleri; ikincisi ise ihalelerin tüm ihaleye katılanların huzurunda başlayıp idarenin tutumuna karşı isteklilerde, ihalenin seyrine karşı idarede şüphe uyandıracak gelişmeler olmadan sonuçlandırılmasıdır.

İhalede açıklık ya da saydamlık ilkesinin çifte rolü vardır: İhalede açıklık/saydamlık ilkesiyle bir yandan kamuoyu aydınlatılıp idari mekanizmaya “toplumsal güven” duygusu üzerinden Devletin meşruiyeti sağlanırken; diğer yandan ihalede açıklık/saydamlık ilkesi rekabetin sağlanmasının ön koşulunu oluşturmaktadır.

İhalede rekabetin sağlanmasını sadece kamu maliyesi açısından ele almak ve Hazine yararı çerçevesinde değerlendirmek eksik ve yanıltıcı olacaktır. Biliyoruz ki piyasa ekonomilerinde rekabetin çok fonksiyonel bir yeri vardır. Rekabet sayesinde ki daha yararlı üretim teknikleri daha az yararlı olanların yerine geçer. Yüksek verimle çalışan firmayı daha düşük verimle çalışan rakip firma veya firmalara karşı rekabet korur. Herkesin en iyi becerdiği işi yapmasını, üretim faktörlerinin rasyonel tahsisini rekabet sağlar. Diyebiliriz ki ekonomik ilerleme ve büyümenin itici gücü teknolojik buluşlarla birlikte ticari rekabettir.

Rekabetin sağlanabilmesi için de isteklilerin eşit muameleyle tabi tutulmaları şarttır.

Piyasaya üretici-tüketici konumuyla Devleti de kattığımızda kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerinin; kamu maliyesi açısından “Hazine yararını”, toplum ekonomisi açısından “teknoloji üretimi” ile “ekonomik gelişmeyi”, moral değerler açısından ise kamu otoritesine sağlanan “toplumsal güven” üzerinden siyasal rejimin meşruiyetini sağladığını söyleyebiliriz (Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Seyfullah Turhan,

Devlet İhaleleri ve Rekabetsiz İhale Uygulamaları, Sayıştay Dergisi, Temmuz-Ağustos 1996, sayı 22, s:8-21).

Nitekim 2886 sayılı Kanun'un "İlkeler" başlıklı 1. maddesinde, "Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır." denilirken; 4734 sayılı Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinde, "İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur." denilmiştir.

4734 sayılı Kanunda "aşırı düşük teklif" sorgulaması yapılmasının temelinde, ihtiyaçların en iyi şekilde ve zamanında karşılanması için rekabetin sadece fiyat temelinde değil, fiyatla birlikte standartlarına uygun ve kaliteli bir şekilde temin edilmesini gerçekleştirmeye amacı yatmaktadır.

İhaleye katılan isteklilerin teklifleri veya idarenin hazırladığı yaklaşık maliyete göre bir ya da daha fazla isteklinin teklifi aşırı düşük ise, ekonominin dinamik yapısı ve teknolojik gelişme düzeyi dikkate alınarak bunun nedenlerinin sorgulanarak hukuksal belirlilik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi, rekabetçi piyasa ekonomisinin doğal bir sonucudur.

4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında aşırı düşük teklif değerlendirmesinde esas alınacak kriterler, hukuksal belirlilik ilkesi gereğince üç bent halinde tek tek sayılmış ve değerlendirmenin belirlenen hususlarda belgelendirmek suretiyle yapılacağı belirtilmiştir. İhalelerde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini ortadan kaldırmayan başka aşırı düşük teklif değerlendirme kriterleri olabileceği ileri sürülebilir ve ekonomik ve teknolojik gelişme düzeyine göre bu iddia doğru da olabilir.

Ancak, bu kriterlerin neler olduklarının ihale hukuku bağlamında saydamlık, Anayasa Hukuku bağlamında ise hukuksal belirlilik ilkesi gereğince önceden hukuksal olarak belirlenerek normlaştırılması ve dolayısıyla tüm istekliler açısından aleniyetinin sağlanması ve ayrıca aşırı düşük teklif değerlendirmesinde belirlenen kriterler bağlamında isteklilerin vereceği cevapların belgelendirilmesi gerekir.

Oysa 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Hususlarında belgelendirilmek suretiyle" ibaresi, 6518 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle "gibi hususlarda" ibaresiyle değiştirilerek, bir yandan aşırı düşük teklif sorgulamasında hukuksal belirliliği olmayan "gibi hususlarda" ibaresine dayanarak ihale komisyonlarına aşırı düşük teklif değerlendirmesi esnasında sınırları belirsiz, ucu açık, her ihaleye ve isteklilere göre değişebilen çok geniş kriter belirleme yetkisi verilirken; diğer yandan aşırı düşük teklif sorgulamasına muhatap olan isteklilerin kriterlere göre teklif bileşenlerini belgelendirme koşulu ortadan kaldırılarak, ihale komisyonlarına belgelendirilmemiş afaki cevaplara dayalı olarak karar verme yetkisi tanınmaktadır.

İhale yolsuzluk ve usulsüzlükleri de bu noktadan itibaren başlamakta ve iptali istenen düzenleme kamu ihalelerini kamu yararına sonuçlandırma değil, ihale yolsuzluk ve usulsüzlüklerine yasal taban oluşturarak teşvik etme gibi yasa koyucunun da arzulamadığı bir işlev taşımaktadır.

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

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri "hukuki belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Hukuki belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdahale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İptali istenen düzenlemede ihale komisyonlarına "gibi hususlarda" ibaresiyle verilen sınırları belirsiz ve ucu açık geniş yetkiyle, komisyonların aşırı düşük teklif değerlendirmesi sırasında her ihaleye ve isteklilere göre değişebilen, bu yanı sıra da istekliler tarafından önceden (tekliflerin verilmesi sırasında) bilinmeyen ve bilinmesi de mümkün olmayan ve dolayısıyla da hukuki belirlilik ile ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmayan kriterler belirleme; belirlediği kriterler temelinde aşırı düşük teklif değerlendirmesi yapma ve değerlendirmeyi de belgelendirilmemiş cevaplara dayandırma yetkisi verilerek yaratılan hukuksal belirsizlik içinde ihale komisyonlarının keyfi uygulamalarının önü açılırken; her ihaleye ve her istekliye göre değişebilen öngörülemez kriterler temelinde isteklilerin hukuksal güvencikleri ortadan kaldırılmaktadır.

Bu itibarla, iptali istenen ibare hukuki belirlilik ve hukuksal güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığından, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Devlete Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi ile güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlama; 167. maddesinin birinci fıkrasında ise para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma görevi verilmiştir.

Devletin kamu ihaleleri bağlamında söz konusu görevlerini yerine getirmesi, kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini hayata geçirecek kurallar koymasından geçmektedir. İptali istenen ibare, ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmadığı için Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanun'un 47. maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin ikinci fıkrasındaki "gibi hususlarda" ibaresi, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) Üçüncü Fıkrasının İlk Cümlesindeki "... açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine ..." İbaresini ile "... açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin ..." İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Kanun'un "Aşırı düşük teklifler" başlıklı 38. maddesine 20.11. 2008 tarih ve 5812 sayılı Kanununun 12. maddesiyle eklenen üçüncü fıkra ile Kamu İhale Kurumuna, "aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalar belirleme" yetkisi verilmiş; ihale komisyonları da, aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesinde Kurum tarafından belirlenen kriterleri esas almakla yükümlü kılınmıştır.

6518 sayılı Kanununun 47. maddesiyle 4734 sayılı Kanununun 38. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, Kamu İhale Kurumunun bu yetkisi korunurken; Kuruma ayrıca "aşırı düşük teklif" değerlendirmesinde tüm ihaleleri kapsamak üzere teklifi aşırı düşük bulunan isteklilerden açıklama istenilmeksizin ihalenin sonuçlandırılabilmesine; yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işi ihalelerinde sınır değerinin altında olan tekliflerin ise açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapma yetkisi verilmektedir.

Aşırı düşük teklif, diğer tekliflere veya idarenin tespit etmiş olduğu yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı düşük olan tekliftir.

4734 sayılı Kanuna göre aşırı düşük teklif sorgulaması ve değerlendirmesi yapılmasının temelinde, Kanunun "Temel ilkeler" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, "ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlama" sorumluluğu yatmaktadır.

İhtiyaçların uygun şartlarla karşılanması, en düşük bedel üzerinden değil, belirlenen standart ve kaliteye uygun olmak koşuluyla düşük bedelle karşılanmasını; zamanında karşılanması, edimin ifasının öngörülen süre içinde yapılmasını; kaynakların verimli kullanılması ise, belirli bir kaynak (üretim faktörü bileşeni, kamu ihalelerinde mali kaynak) ile daha fazla ürün elde edilmesi ya da belirli bir ürünün daha az kaynak kullanılarak elde edilmesini ifade etmektedir.

Serbest piyasa ekonomileri dinamiktir ve teknoloji baş döndürücü bir hızla ilerlemektedir. Teknolojik ilerleme, mevcut ürünlerin yeni tarz ve proseslerde farklı üretim faktörü bileşimleriyle daha az kaynak kullanılarak üretilmesini, yeni dağıtım ve pazarlama yöntemleri geliştirilmesini ve giderek yeni ürünlerin üretilmesini olanaklı kılmaktadır. Günümüzde teknoloji üretimi, üniversitelerden ve büyük araştırma kurumlarından firmaların araştırma birimlerine kaymış ve yeni teknolojiye sahip olan firmalara büyük maliyet avantajları sağlamanın yanında teknolojik buluşlar uluslararası düzeyde koruma altına alınmıştır. Bu bağlamda, aynı piyasada faaliyet gösteren firmalar arasında teknolojik farktan kaynaklanan maliyet farklılıkları günümüz piyasa ekonomilerinin gerçekleri arasındadır.

Bunun içindir ki 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında ihale komisyonlarının aşırı düşük teklifleri;

- İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,

- Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

- Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

Hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak değerlendirmeleri öngörülmüştür.

Bu değerlendirmede amaç, aşırı düşük teklifin teknolojik farktan kaynaklanıp kaynaklanmadığını belgeleriyle ortaya koymak; teknolojik farktan kaynaklanıyorsa, 4734 sayılı Kanun'un temel ilkelerinden olan ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması zorunluluğundan ve Devletin teknoloji üretimini desteklemesi görevinden dolayı, salt "teklifi aşırı düşük" gerekçesiyle teklif sahibini ihale dışı bırakmamaktır.

İptali istenen düzenlemelerde ise Kamu İhale Kurumuna aşırı düşük teklifleri, isteklilerden yazılı açıklama istenilmeksizin ve dolayısıyla isteklilerin teknolojik farktan kaynaklanan maliyet avantajlarını belgeleriyle ortaya koymalarına imkan yaratılmaksızın sonuçlandırılabilmesine ve hatta reddedilmesine ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmekte ve böylece teknolojik farktan kaynaklanabilecek maliyet farklılıkları dışlanarak 4734 sayılı Kanun'un ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkesi yanında Devlete verilen Anayasal görevlerle de bağdaşmayan ihale uygulamalarının önü açılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun temel ilkeleriyle kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Serbest rekabet ilkesine dayanan bir piyasa ekonomisinde devletin kamu ihalelerinde, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynak kullanımında verimliliğin sağlanması temel ilke olarak da ortaya konulmuşken, Kamu İhale Kurumuna aşırı düşük teklifleri, isteklilerden yazılı açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine ve hatta reddedilmesine ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilerek teknolojik farktan kaynaklanabilecek maliyet farklılıklarının dışlanması yoluyla bir yandan kamu kaynaklarının kullanımında savurganlığa yol açılırken, diğer yandan maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmalara karşı negatif ayrımcılık yapılması, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığından, iptali istenen ibareler Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Devlete Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi ile güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlama; 167. maddesinin birinci fıkrasında ise para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma

ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevleri verilmiştir.

Günümüzde ülkeler arasındaki ekonomik gelişmişlik farkının teknolojik açıktan kaynaklandığı ve milli ekonominin gereklerinin teknolojik açığı kapatmaktan geçtiği ile piyasaların güvenli ve kararlı çalışmalarıyla sağlıklı ve düzenli işlemlerinin ve ayrıca tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemenin rekabetçi piyasa koşullarını gerektirdiği hususları gözetildiğinde, kamu alımları yoluyla piyasaya müdahale eden veya en azından piyasayı yönlendiren devletin, maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmaları teşvik etmesi gerekirken; teknolojik farktan kaynaklanan aşırı düşük tekliflerin ihale dışında bırakılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmasının önünün açılması, devlete Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle verilen görevlerle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanun'un 47. maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesindeki "... açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine ..." ibaresi ile "... açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin ..." ibaresi, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

1) 6518 Sayılı Kanun'un 48. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un 43. Maddesine Eklenen Fıkradaki "... yaklaşık maliyetin ..." ibaresi ile "... az ve %15'inden ..." İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

6518 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesinin "Yapım işlerinde, 38 inci maddeye göre gerekli değerlendirmeler yapıldıktan sonra, ihalenin aynı madde uyarınca hesaplanan sınır değer altında teklif veren isteklilerden biri üzerinde bırakılması halinde, kesin teminat sınır değer yüzde altısı oranında alınır." şeklindeki ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılırken; maddeye eklenen fıkra ile, "Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değer altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir." kuralı getirilmektedir.

4734 sayılı Kanun'un "Kesin teminat" başlıklı 43. maddesinin birinci fıkrasına göre kesin teminat, taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla ve kural olarak ihale bedelinin % 6'sı oranında alınmaktadır.

4734 sayılı Kanununun 34. maddesine göre teminat olarak tedavüldeki Türk Parası, bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları ve Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgelerin kabul edileceği; 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 13. maddesine göre de taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanına uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı tespit edilmesinden sonra yapım işlerinde, geçici kabul tutanağının onaylanmasından sonra yarısının, SGK'dan ilişiksiz belgesi getirilmesi ve kesin kabul tutanağının onaylanmasından sonra ise diğer yarısının; diğer işlerde ise alınan mal veya yapılan iş için garanti süresi öngörülmüş ise SGK'dan ilişiksiz belgesi getirildiğinde yarısının, garanti süresi dolduktan sonra da kalanının yükleniciye iade edileceği göz önüne alındığında, kesin teminatın kamu ihalelerinde önemli bir maliyet unsuru olduğu anlaşılmaktadır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 43. maddesine göre yapım işlerinde geçici kabul ile kesin kabul arasında geçecek teminat süresinin on iki aydan az olamayacağı kuralı ile yapım işlerinin yıllara yaygın özelliği gözetildiğinde, sözleşme süresi üç yıl olan bir yapım işinde işin süresinde yapılarak geçici kabule hazır hale getirildiği varsayımı altında yüklenicinin verdiği kesin teminatın yarısının üçüncü yılın, kalanının ise dördüncü yılın sonunda kendisine iade edileceği ve dolayısıyla bu süre içinde yüklenicinin kesin teminattan dolayı bir faiz maliyetine katlanacağı ortaya çıkmaktadır.

4734 sayılı Kanunda kesin teminatın kural olarak ihale bedeli üzerinden alınması öngörülmüşken; iptali istenen düzenlemede, üzerine ihale yapılan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, yaklaşık maliyet üzerinden alınması öngörülmektedir.

Yaklaşık maliyete 4734 sayılı Kanun'da, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yer alan "keşif özeti cetveli"nde olduğu üzere üzerinden ihale indirimi yapılan ve bu yanı sıra da gerçekçi hazırlanan asli bir ihale dokümanı işlevi yüklenmemiştir.

4734 sayılı Kanun'da yaklaşık maliyet, eşik değerlerin belirlenmesinde (md. 8), ihale ilan sürelerinde (md. 13) ve diğer tekliflerle birlikte aşırı düşük teklif değerlendirmesinde kullanılan referans bir ihale dokümanıdır.

Bu bağlamda 4734 sayılı Kanunda yasa koyucu yaklaşık maliyete, aşırı düşük teklif değerlendirmesinde dahi tek başına belirleyici bir işlev yüklenmemiştir.

4734 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yaklaşık maliyetin her türlü fiyat araştırması yapılarak belirleneceği belirtilmekle birlikte; ihale uygulama yönetmeliklerinde örneğin Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 9. maddesinde yaklaşık maliyete esas miktarların, ihaleye esas projelerin durumuna göre avan/ön projeye, kesin projeye ve uygulama projelerine göre belirlenebileceği; yaklaşık maliyet hesabına esas fiyat ve rayiçlerin tespitinde ise idarelerin 10. maddede beş bent halinde sıralanan fiyat ve rayiçlerin birini, bir kaçını veya tamamını herhangi bir öncelik sırası gözetmeksizin kullanabileceği belirtilerek, yaklaşık maliyetin afaki bir referans değeri olduğu ortaya konmuştur.

Kesin teminat, taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla alındığına ve yüklenici sözleşme bedeli kadar yüklenim altına girdiğine göre, sınır değerinin altında kalan ihalelerde de kesin teminatın yaklaşık maliyet gibi referans bir değer üzerinden değil, sözleşme imzalanmış olmakla kesinleşmiş bir değer olan ihale/sözleşme bedeli üzerinden kesilmesi gerekeceği sözleşme hukuku bağlamında temel bir zorunluluktur.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanunda kural olarak kesin teminat sözleşme bedelinin % 6'sı oranında kesilirken, sınır değerinin altında kalan ihalelerde yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınması öngörülmektedir. Alt limit olan % 6 ile üst limit olan % 15 arasında ise, birbuçuk kat veya aynı anlama gelmek üzere % 150 oranında fark vardır.

Böylece, sınır değerinin altında kalan ve dolayısıyla diğer tekliflere göre teknolojik üstünlük taşıyıp kârdan fedakârlıkta bulunulan aşırı düşük teklifler, diğer tekliflere göre yaklaşık maliyet ile sözleşme bedeli arasındaki farktan kaynaklanacak olan miktar hariç %150 oranında ek faiz maliyetiyle karşı karşıya bırakılarak cezalandırılmakta; ayrıca ihalelerde yaklaşık maliyet gizli olduğu, diğer teklifler ise tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında

aleniyet kazandığı için ihaleye istekli olanlar, söz konusu cezalandırma riskine dayalı olarak ihalelerde yüksek teklifte bulunmaya teşvik edilmektedir.

Yasa koyucununun sınır değerinin altında kalan ihalelerde, kesin teminatın, yüklenim altına girilen sözleşme bedeli yerine referans bir değer olan yaklaşık maliyet ve % 6 yerine, %6 ile %15 arasındaki bir oran üzerinden kesilmesini öngörmesinin, ihale edilen işleri zamanında ve sözleşme şartlarına uygun şekilde elde etmek ve dolayısıyla gecikmeden ve edimin sözleşmede öngörülen kalite ve standartlara aykırı ifasından kaynaklanabilecek zarar ve ziyanlarına karşı bir güvenlik önlemi olarak getirdiği ileri sürülebilir.

Ancak Türk Ticaret Kanununda, tacirlere basiretli bir işadami gibi davranma zorunluluğu getirilmiştir. İhalelere istekli olan firmalar/tacirler, ihaleye çıkarılan iş ile ilgili olarak ücret, fiyat ve rantları, imalat süreçlerini, sabit ve değişken giderlerini, kesin teminat mektubu da dahil finansman maliyetlerini araştırıp inceleyerek ve işe ilişkin girdi-çıktı analizlerini yapıp, teknolojik kapasiteleri ile alt yükleniciler dahil organizasyon yapılarını değerlendirerek ihale konusu işin maliyetini hesaplamakta ve risk primini de ekleyip kazanç elde etmek amacıyla teklifte bulunmaktadır. Firmaların teklifleri arasındaki farklılık kural olarak maliyetleri ile kar marjlarındaki farklılıktan kaynaklanmakta; maliyet farklılığı da büyük ölçüde firmalar arasındaki teknolojik farka dayanırken, kar marjı farklılığı ise piyasanın yapısı (rekabetçi, aksak rekabetçi, oligopolcü, tekelci) ve ihalenin saydamlığı ve rekabetçiliği yanında firmaların kârlılık politikalarına bağlı olmaktadır. Aksi durumda bütün isteklilerin tekliflerinin aynı olması gerekirdi.

Kaldı ki, ihale komisyonları sınır değerinin altında kalan “aşırı düşük teklifleri”, 4734 sayılı Kanun’un 38. maddesinin ikinci fıkrasında üç bent halinde sıralanan hususlarda belgelendirmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak değerlendirmekte ve sözleşme konusu edimin zamanında ve kalite ve standartlarına uygun olarak ifa edileceğine kanaat getirirse firmanın teklifini kabul edip, yazılı açıklamaları yeterli görmez ise sınır değerinin altında kalan aşırı düşük teklifleri reddetmektedir.

Bu değerlendirmeler sonucunda ihale komisyonları sınır değerinin altında kalan teklif üzerine ihale yapmışlar ise, bu durum ihale konusu işin zamanında ve standartları ile kalitesine uygun ifa edileceğinin, açık, net ve tartışmasız hukuksal göstergesi olduğundan, sınır değerinin altında kalan ihalelerde kesin teminatın, yüklenim altına girilen sözleşme/ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet ve % 6 yerine, %6 ile %15 arasındaki bir oran üzerinden kesilmesinin, ihale edilen işleri zamanında ve sözleşme şartlarına uygun şekilde elde etmek ve dolayısıyla gecikmeden ve edimin sözleşmede öngörülen kalite ve standartlara uygun olmayan ifasından kaynaklanabilecek zarar ve ziyanlara karşı bir güvenlik önlemi olduğu faraziyesi geçersiz kalmaktadır.

Bu durumda da düzenlemenin temelindeki gizli amaç kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Siyasal iktidar kamu ihalelerini, Hazineden siyasal destekçilerine kaynak aktararak bağımlı bir sermaye grubu yaratmanın aracı haline getirmeyi amaçlamaktadır. Bunun için de kamu ihalelerinde fiyat rekabetine gidilmesinin engellenmesini; ihalelerin istenmeyen isteklilere düşük fiyat teklifleri nedeniyle verilmek zorunda kalınmamasını istemektedir. Aynı standart ve kalitedeki ürünün daha düşük bedelle elde edilmesi kâr oranını düşüreceğinden, kaynak aktarma ve dolayısıyla bağımlı sermaye grubu yaratma hedefi de işlemeyecektir.

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

Yasaların genel, objektif, adil kurallar içermesi, kamu yararını sağlama amacına yönelik olması ve hakkaniyeti gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, sınır değerinin altında kalan ihalelerde kesin teminatın yüklenim altına girilen sözleşme/ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet üzerinden ve %6 yerine, %6 ile %15 arasındaki bir oranda kesilmesinin öngörülmesi ve böylece düşük teklifte bulunanların ek faiz maliyeti üzerinden cezalandırılarak, yüksek teklifte bulunmanın teşvik edilmesi, kamu maliyesi açısından Hazine zararıyla sonuçlanırken, rekabetin engellenmesi ve teknolojik gelişmenin cezalandırılmasının ülke ekonomisi üzerinde yıkıcı ve kalıcı etkileri olacaktır. Bu durumun ise, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığı için Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ortadadır.

Yasa koyucu, yasal düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. 'Elverişlilik', başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul, meşru ve adil bir dengenin olmasını ifade etmektedir.

İhale komisyonlarınca "aşırı düşük teklifler", 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında üç bent halinde sıralanan hususlarda belgelendirmek suretiyle yapılan yazılı açıklamalar dikkate alınarak değerlendirildiğine ve sözleşme konusu edimin zamanında ve kalite ve standartlarına uygun olarak ifa edileceğine kanaat getirilirse teklif kabul edildiğine göre, sınır değerinin altında kalan ihalelerde ihtiyaçların zamanında ve (standartları ile kalitesine) uygun şartlarla karşılanmaması riskinin hukuken söz konusu olamayacağını teorik olarak kabul etmek gerekir. Bu durumda da ihtiyaçların zamanında ve uygun şartlarla karşılanmasına güvence oluşturmak amacıyla sınır değerinin altında kalan ihalelerde, kesin teminatın yüklenim altına girilen sözleşme/ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet ve %6 yerine, %6 ile %15 arasındaki bir oran üzerinden alınmasının, ulaşılmak istenen amaç için "elverişli"liğinden söz edilemez.

Ulaşılmak istenen amaç, ihtiyaçları zamanında ve uygun şartlarla karşılamak ise, sınır değerinin altında kalan ihalelerde yüklenici maliyetinin artması ve dolayısıyla kârlılığın korunması için standart ve kaliteden ödün verilecek olmasıyla sonuçlanacak bir önlemin "gerekli" olduğundan da söz edilemez. Çünkü amaç ile öngörülen önlem arasında doğrusal değil, ters yönlü bir ilişki vardır.

Öngörülen önlem, ulaşılmak istenen amaca hizmet etmemenin ötesinde, yaklaşık maliyet gizli ve istekli teklifleri de tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında aleniyet

kazandığından, öngörülen önlem teknolojik faktan dolayı maliyet üstünlüğü olan isteklileri de yüksek teklifte bulunmaya teşvik ettiği ve düşük teklifte bulunan isteklileri kesin teminat üzerinden %150'leri aşan ek faiz maliyetiyle cezalandırdığı için başvuru ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul, meşru ve adil bir denge de bulunmamaktadır.

Bu itibarla iptali istenen ibareler, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırıdır.

Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

İhale komisyonlarınca "aşırı düşük teklifler", 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ikinci fıkrasında üç bent halinde sıralanan hususlarda belgelendirmek suretiyle yapılan yazılı açıklamalar dikkate alarak değerlendirildiğine ve sözleşme konusu edimin zamanında ve kalite ve standartlarına uygun olarak ifa edileceğine kanaat getirilirse teklif kabul edildiğine göre, sınır değer altında kalan ihalelerde üzerine ihale yapılan istekli ile teklifi sınır değer üzerinde olan istekliler arasında teknolojik faktan kaynaklanan fiili maliyet eşitsizliğinden söz edilebilirse de hukuken yasa önünde eşit olmadıkları ileri sürülemez. Sınır değer üzerinde olan ihalelerde kesin teminat, ihale bedelinin %6'sı oranında alınırken; sınır değer altında olan ihalelerde ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet ve % 6 yerine, % 6 ile % 15 arasındaki bir oran üzerinden alınması ve dolayısıyla teknolojik üstünlüğü olan firmaların negatif ayrımcılığa tabi tutulmaları, Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Devlete Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi ile güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlama; 167. maddesinin birinci fıkrasında ise para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevleri verilmiştir.

Günümüzde ülkeler arasındaki ekonomik gelişmişlik farkının teknolojik açıktan kaynaklandığı ve milli ekonominin gereklerinin teknolojik açığı kapatmaktan geçtiği ile piyasaların güvenli ve kararlı çalışmalarını sağlıklı ve düzenli işlemlerinin ve ayrıca tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemenin rekabetçi piyasa koşullarını gerektirdiği hususları gözetildiğinde, kamu alımları yoluyla piyasaya müdahale eden veya en azından piyasayı yönlendiren devletin, maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmaları teşvik etmesi gerekirken; teknolojik üstünlüğünden dolayı teklifi sınır değer altında kalan firmaları, kesin teminat üzerinden cezalandırmayı öngören düzenlemeler yaparak ülke ekonomisini teknolojik ilerlemeden koparacak yollara başvurması, devlete Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle verilen görevlerle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanun'un 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkradaki "... yaklaşık maliyetin ..." ibaresi ile "... az

Esas Sayısı : 2014/87
Karar Sayısı : 2015/112

ve %15'inden ..." ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6518 sayılı Kanunun 80. Maddesiyle 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 30. Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasa'ya Aykırılığı

6518 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle 5502 sayılı Kanunun 30. maddesine eklenen fıkrayla, SGK Başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrosuna atanabilecekleri hükmü getirilmektedir.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları, idare hukukunun temel ilkelerinden biridir.

Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin hukuk güvenliğinin sağlanması bağlamında geliştirdiği istikrar kazanmış içtihadına göre;

(i) Bir statüye atanmış olan kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı sürece görev güvencelerinin sağlanması (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 6.4.2006 tarihli ve E. 2003/112, K. 2006/49 sayılı kararı),

(ii) Hukuki statüde değişiklik olduğu takdirde, kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4.2.2010 tarihli ve E. 2007/97, K. 2010/32 sayılı kararı),

(iii) Kamu görevlilerinin meşru beklentilerinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi gereğince korunması (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı kararı),

Gerekmektedir.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda yukarıda örneklenen yerleşmiş içtihadından, vazgeçtiği gözlenmektedir.

Bu vazgeçişin iptali istenen kuralla benzer özellik taşıyan tipik örneğini 24.10.2011 tarihli ve 661 sayılı KHK'nin 58 inci maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa eklenen geçici 12 inci maddeye ilişkin iptal istemi üzerine verdiği karar oluşturmaktadır.

Söz konusu geçici 12 inci maddeye ilişkin iptal istemi;

"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi

yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Dava konusu kuralda kişilerin bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklara yönelik bir düzenleme öngörülmediğinden kazanılmış hakları ihlal eden bir müdahale söz konusu değildir. Bu kişilerin yeni atandıkları kadrodaki mali haklarının (ücret ve özel hizmet tazminatı toplamının), mevcut kadrolarındakine göre daha düşük olması halinde yeni kadrolarındaki gelirlerine eşitleninceye kadar aradaki farkın ödenmesi öngörülmektedir. Bu nedenle maddede sayılan görevlerde bulunanların görevlerine son verilerek aynı dereceli başkanlık müşavirliği ve araştırmacı unvanlı kadrolara atanmalarını öngören kuralın kazanılmış hakları ihlal ettiği söylenemez.

Diğer taraftan, dava konusu kuralla tek bir kişi hakkında bireysel nitelikte bir yürütme işlemi tesis edilmeyip, aksine genel ve soyut bir kural getirilmektedir. Soyut bir kuralın gerçekte tek bir kişiyi ya da sınırlı sayıda kişiyi ilgilendiriyor olması onun bu niteliğini ortadan kaldırmaz. Bireysel nitelikte bir işlemde söz edilebilmesi için somut olarak bir kişinin hukuki durumunda değişiklik yapan bir irade açıklamasının bulunması gerekir. Dava konusu kuralla doğrudan belirli bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapılmasına yönelik bir düzenleme söz konusu olmadığından bireysel işlemin varlığından söz edilemez. Kuralda belirtilen kadrolarda görev yapan kişilerin hukuki durumlarının düzenlemenin sonucundan etkilenmiş olması bu neticeyi değiştirmez.” gerekçeleriyle REDDİNE karar verilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı kararı).

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararı ile birlikte 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK’lerin iptali istemiyle açılan davalardaki kararları;

Statü hukukunda kazanılmış hakkın kamu görevlisinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel hak niteliğine dönüşmüş (subjektif) hak olduğunu ortaya koymakla birlikte; nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp şahsileşmesinden sonra kazanılmış hakların ortaya çıkabileceği; kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesinin kazanılmış hak sayılamayacağı; çünkü, kural işlemlerin yasakoyucu tarafından her zaman değiştirilebileceği veya yargı organları tarafından iptal edilebileceği; kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılmasıyla ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemin de bundan etkileneyeceği ve dolayısıyla statü hukukunda ileriye yönelik kazanılmış hak olamayacağını belirtmektedir.

Yapılan bu hukuki-teknik yorumu herkesin anlayabileceği bir örnekle açıklığa kavuşturulmuştur:

Dört yıllık fakülte mezunu iki memurdan biri yürürlükteki mevzuata göre önce “şef”lik sınavını kazanarak şef kadrosuna atanmış; bu görevde belli bir süre görev yaptıktan sonra “müdür yardımcısı” sınavını kazanarak müdür yardımcısı kadrosuna atanmış; bu görevde de belli bir süre görev yaptıktan sonra “müdür”lük sınavını kazanarak müdürlük kadrosuna atanmış ve yirmi dört yılın sonunda kazanılmış hak aylığı ile kadro görev aylığı birinci dereceye yükselirken; diğer memurumuz ise görevde yükselme sınavlarına girmeyerek ya da girmekle birlikte kazanamayarak memur kadrosunda görev yapmaya devam etmiş ve yirmidört yılın sonunda kadro görev aylığı (birinci dereceli memur kadrosu bulunmadığından) ikinci derecede ve kazanılmış hak aylığı ise ikinci derecenin altıncı kademesine gelmiş olsun.

Durum böyle iken yasa koyucu,

“Kurumların müdür kadrosunda görev yapanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın çalışmakta oldukları kurumların memur kadrolarına atanmış sayılır.

Kurumların müdürlük kadrolarına memurlar arasından atama yapılabilir.” şeklinde bir yasal düzenleme yapmış olsun.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararı ile 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK’lerin iptali istemiyle açılan davalarda verdiği kararların açılımına göre, kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak sayılmayacağı için, yürürlükteki mevzuata (kural işlemlere) göre şef, müdür yardımcısı ve müdürlük sınavına (şart işlem) girip nihayetinde müdürlük kadrosuna atanarak müdür kadro unvanının alınması (özel hukuksal durum) ileriye yönelik kazanılmış hak sayılmamaktadır. Çünkü, yasakoyucu kural işlemleri değiştirme yetkisine sahiptir ve nitekim de yukarıdaki gibi değiştirmiştir. Buna karşın, yine Anayasa Mahkemesi kararlarının açılımına göre, nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp kişiselleşmesinden sonra kazanılmış hak ortaya çıkacağından, memur iken yeni yasaya göre müdür kadrosuna atanan memurumuz için müdür unvanı –Anayasa Mahkemesi yeni yasayı iptal etmediği sürece, ki yukarıdaki gerekçelerle iptal etmemektedir- kazanılmış hak sayılacaktır.

Bu yorum, kamu görevlilerinin idare karşısında subjektif haklarının olamayacağı ve yürürlükteki mevzuata göre edindikleri kadro/görev unvanlarına ilişkin haklarının, hukuk güvenliğinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Oysa, Anayasacılık hareketi, demokratik hukuk devleti ideali ve statü hukuku, güçlü yönetim karşısında, yönetilen güçsüzleri korumak fikrinden doğmuş ve bu yönde gelişerek ete kemiğe bürünmüştür.

Kaldı ki, bu yorumun nitelendirdiği personel sistemine, yönetim bilimi literatüründe, “spoil system” (yağma sistemi) denilmekte ve Karar, uygulandığı Anglo-Sakson ülkelerinde dahi 130 yıl önce rafa kaldırılmış yağma sistemini, hukuk sistemi Kıta Avrupa’sına, personel rejimi ise statü hukukunun liyakat ilkesine dayanan Türkiye’de 21. Yüzyılda hukuksallık kazandırma anlamına gelmekte ve hatta bunun da ötesinde bu sonucu doğurmaktadır.

Tarihte “yağma sistemi”, Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

On dokuzuncu yüzyıla kadar İngiltere’de yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmaktaydı. Aristokrat sınıfı ise “çalışmak” demek olan memurluk yapmak yerine, elindeki memuriyet kadrolarını başkalarına kiralamakta ya da satmaktaydı.

Spoil system, en özgün ifadesini ABD Başkanı Andrew Jackson’ın, 1829’da söylediği “Ganimet, seçimden zaferle çıkanındır.” sözünde bulmaktadır. Bu sistemde, iktidarın değişmesiyle, tüm kamu görevleri el değiştiriyor; devlet kadroları, seçimi kazanan siyasal parti/başkan için seçim zaferinin “ganimet”i olarak değerlendirildiğinden, devlet kadrolarının seçimi kazanan siyasal partinin siyasal destekçileri ile doldurulması demokratik bir hak olarak görülüyordu.

Memuriyet kadrolarının liyakat yerine, siyasal partilere yakınlık, yandaşlık ve sadakat kriterine bağlanmasına dayanan yağma sistemi, 1883’de yürürlüğe giren Pendleton Act’a

kadar sürmüştür. Sınıflandırma ve liyakatin esas alındığı bu yasadaki itibaren ABD’de giderek azalan yağma sistemi, yerini liyakate terk ederek günümüzde yüzde birler seviyesine düşmüştür.

Türkiye’de ise, personel rejimi olarak Kıta Avrupa’sı Hukuk Sisteminin başlangıçtan beri “liyakat ilkesi” üzerinde yükselen statü hukuku geçerlidir.

Anayasa’nın 70. maddesinde, “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayırım gözetilemez.” kuralına yer verilerek; kamu hizmetine girmede -ve bunun doğal bir uzantısı olan görev içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde-, “eşitlik” ve “liyakat” ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi “görevin gerektirdiği nitelikler” ifadesini, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında; “Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayırımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir.” şeklinde yorumlayarak, “görevin gerektirdiği nitelikler”den “liyakat” ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Kamu personeline ilişkin temel düzenleme olan ve dolayısıyla bu konudaki düzenlemelerin yorumunda referans alınması gereken 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 3 üncü maddesinde ise, Anayasanın 70 inci maddesinden hareketle, Kanunun temel ilkeleri, “sınıflandırma”, “kariyer”, “liyakat” olarak ortaya konulmuş; liyakat-yeterlilik, “Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.” şeklinde tanımlanmış; 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, istisnai memuriyet kadrolarına atanan memurların atandıkları kadroların, emeklilik aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atamada kazanılmış hak sayılmayacağı kurallandırılmıştır. Memurların atandıkları kadrolar, 657 sayılı Kanunun sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin istisnasını oluşturan istisnai memuriyete atamada, istisnai memuriyete atananlar açısından kazanılmış hak sayılmıyorsa, 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine dayalı olağan atamalarda ise atananlar açısından ileriye yönelik kazanılmış hak sayılıyor demektir.

Dolayısıyla, kamu personeline ilişkin düzenlemelerin Anayasal yorumunda, her bir olay, statü hukukunun ve bunun kodifiye edilmiş hali olan 657 sayılı Kanunun temelinin liyakat ilkesi olduğu gözetilerek sistem bütünlüğü içinde analiz edilmek durumundadır.

Bununla birlikte, Anayasal yorumda kamu personelinin kazanılmış hakları, hukuki-tekniğin bağlamında nasıl tanımlanırsa tanımlansın, Kıta Avrupa’sı Hukuk Sisteminde statü hukukunun temel özelliği, kamu görevlerine girme, sınıflar içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde temel ölçünün liyakat ilkesine dayandırılmasıdır. Liyakat ilkesi ise, bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmayı gerektirir. Çünkü, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapılabilmesine engel bulunmamakla birlikte, bu yönde yapılacak yasal düzenlemelerde, daha önce tesis edilmiş bulunan ve kişilerin lehine hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin gözetilmesi, liyakat ilkesi ile ve hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği mutlak bir zorunluluktur. Bu işlemlerin

doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise kamu hizmetlerinin sunumunda istikrara hizmet etmektedir. Hukuk devleti ilkesi ise, yasaların kamu yararına dayanması ile adaletin ve hukuk güvenliğinin sağlanmasına ilişkin gün ışığında yönetim özleminden doğmuştur.

Bu bağlamda, statü hukukuna dayanan ve liyakat ilkesini temel alan personel sisteminde, kamu görevlilerine ilişkin düzenlemelerde ve bu düzenlemelerin yorumunda, kamu görevlilerinin bir üst göreve getirilmelerinde de en azından buldukları kadrolarda görev güvencelerinin sağlanmasına yönelik meşru beklentilerine dayalı hukuk güvenliklerinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, hiçbir şekilde statü hukukunun liyakat ilkesine dayandığı gerçeğinin ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hukuk devleti ilkesinin önüne geçemez; geçmesine müsaade edilemez. Aksi, seçilmişlerin despotizmidir.

İptali istenen, SGK Başkanlığı merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı ve daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl hizmet yapmış olanların tamamının Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmasını öngörmemektedir. Çünkü, Sosyal Güvenlik Uzmanlığı kadrosu, söz konusu kadrolardan statüsü yüksek bir görev değil, Sosyal Güvenlik Uzmanları SGK Başkanlığı teşkilatında daire başkanlarına bağlı olarak çalıştığından, statüsü daha aşağıda yer alan bir görevdir.

Düzenleme, söz konusu kadrolarda toplam en az üç yıl yapmış olanlardan halen bu kadrolardan birinde bulunanların atanmalarını, bunların da tamamının değil, “atanabilir” ifadesiyle, içlerinden seçilecek olanların atanmasını öngörmektedir.

Hukuk devletinde yasaların genel olması, belli kişileri hedef almaması, özel bir durumu gözetmemesi, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanacak kurallar içermesi gerekir. Yasal kuralların genelliği, herkes için objektif durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetmeksizin uygulanabilir olması demektir.

Oysa, iptali istenen kural, aynı hukuki durumda olan herkesin değil, son tahlilde ve gerçek anlamda Siyasal İktidarın ideolojisine ters düşenlerin, Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmasına olanak sağlamayı amaçladığından, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Statü hukukunda, hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmakta; Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise istikrara hizmet etmektedir. Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadrolarına atanmış bulunanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından buldukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanması hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olmasına rağmen, kazanılmış hak olarak değerlendirilmese dahi, meşru beklentilerin karşılanması niteliğinde olduğundan; statü hukukuna ve kariyer ilkesine

dayanan bir personel rejiminde, yasayla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmaları, hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 70. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

İptali istenen düzenleme, söz konusu kadrolarda en az toplam üç yıl görev yapanların tamamını değil, bunlar arasından halen söz konusu görevlerde bulunanları ve bunların da tamamını değil, bazılarını Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atamayı öngörerek, aynı hukuksal durumda olan kişileri farklı kurallara tabi tuttuğundan Anayasa'nın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamanın yanında, eşitsiz atama dayanağını yasadan aldığı ve dolayısıyla yasal atamaya karşı eşitsizliğe muhatap olan kişilerin hak arama yollarını kapatarak, hak arama özgürlüklerini kullanılamaz kıldığı için, Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda, sadece edinilmiş mali hakları/maaşı kazanılmış haklardan saymış ve mevcut mali hakların/maaşın nominal olarak sabitlenip yeni atandıkları kadrolardaki maaşa eşitleninceye kadar tazminat olarak ödenmesini, yani kişilerin nominal ücreti sabitlenir ve ücretleri reel olarak gerilerken, nominal ücrete ilişkin mali hakların saklı tutulmasını, sanki ücret nominal olarak saklı tutulunca reel olarak da korunuyormuş gibi değerlendirerek kazanılmış mali hakların korunması olarak nitelendirmiştir.

Ancak, iptali istenen düzenlemede genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve büyükşehir bulunan illerdeki il müdürü kadrolarında iken, Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrosuna atanacak olanlar, statü kaybına ek olarak reel ücret yanında nominal ücret kaybına da uğramaktadır.

SGK Başkanlığı genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadrolarında bulunanların ek göstergeleri, Sosyal Güvenlik Uzmanları gibi 3600 puandır.

Ancak, 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar"da Genel Müdür Yardımcısı, Daire Başkanı ve il müdürüne en yüksek Devlet memuru aylığının %210'u oranında Özel Hizmet Tazminatı öngörülürken; Uzmanlara öngörülen Özel Hizmet Tazminatı ise %130'dur.

Öte yandan, 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK ile 375 sayılı KHK'ye eklenen (I) sayılı Ek Ödeme Oranları Cetvelinde, Genel Müdür Yardımcısına %190, Daire Başkanına %185 ve İl Müdürüne %180, Uzmanlara ise %140 oranında ek ödeme öngörülürken; (II) Sayılı Cetvelde Genel Müdür Yardımcısı ile Daire Başkanına 54.300 puan ücret ve 30.000 puan tazminat göstergesi; il müdürlerinden Ankara, İstanbul ve İzmir illerinde görev yapanlara 50.750 puan ücret ve 27.950 puan tazminat göstergesi; büyükşehir belediyesi olanlarda görev yapan il müdürlerine 46.850 puan ücret ve 25.775 puan tazminat Göstergesi; buna karşın (III) Sayılı Cetvelde ise Uzmanlardan 1. derece kadrolarda görev yapanlara 46.500 puan ücret ve 25.560 puan tazminat göstergesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, SGK Başkanlığı merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı ve daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında bulunanların, Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmaları durumunda, reel ücret bir yana, nominal ücret kaybına da uğrayacakları ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemenin kazanılmış mali hakları dahi korumadığı Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler, hukuk devleti ilkesine bu yönüyle de aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6518 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkra, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 85. maddesinde iptalini istediğimiz,

a-) (n) bendinde geçen:

"Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini,"

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanununun 85. maddesi uyarınca 5651 sayılı Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (n) bendi ile "Birlik" adı altında yeni bir tanım getirilmiş ve buna göre "Birlik" tanımının "Erişim Sağlayıcıları Birliğini" ifade ettiği belirtilmiştir. Bu yeni tanımın 5651 sayılı Kanun metni içerisindeki uygulama biçimi ise, 6518 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesinde somutlaşmış ve hükme bağlanmıştır.

Aşağıda, dilekçemizin 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra eklenen 6/A maddesi hakkında yapacağımız iptal gerekçelerimiz bölümünde detaylı biçimde açıklayacağımız veçhile, 5651 sayılı Kanunda yapılan anılan düzenleme ile Türk Hukukunda "Erişim Sağlayıcıları Birliği" adı altında yeni bir müessese ihdâs olunmaktadır. Şüphesiz, bu Birliğin ne anlama geldiğini belirleyebilmek ve iptal gerekçelerini açıklayabilmek için 6518 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin incelenmesi gerekmektedir.

Buna göre, "tanımı" 5651 sayılı Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendinde yapılan, "düzenlemesi" ise 5651 sayılı Kanununun 6/A maddesine bırakılan "Erişim Sağlayıcıları Birliği"nin amacının "5651 sayılı Kanununun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak" olduğu anlaşılmaktadır. Yani, anılan Birliğin asıl amacı, 5651 sayılı Kanununun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin dışında kalan engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Nitekim, yeni ihdâs olunan "Erişim Sağlayıcıları Birliği"nin asıl amacının bu olduğu, madde metninden de çok açık bir biçimde anlaşılmaktadır. Zirâ, 5651 sayılı Kanununun 6. maddesine 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrası, aynen "Bu Kanununun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur." hükmünü âmirdir.

Ancak, kurulan bu yeni Birliğin ihdâsı, özellikle kamuoyunda ve konu ile ilgili sosyal çevrelerde cevap bulunamayan kimi soruları beraberinde getirmiştir. Örneğin, Türkiye’de gerçek anlamda kaç tane erişim sağlayıcının bulunduğu; bunların internet piyasasındaki hâkimiyet oranlarının ne olduğu; her birine gerekli alt yapıya katılmak zorunluluğu verilmiş olsa dahî bu katkı ve sorumluluk payının nasıl paylaşılacağı; en fazla gelir elde eden hâkim bir erişim sağlayıcı ile çok küçük bir erişim sağlayıcının nasıl olur da yatırımdan, alt yapıdan ve hukukî sorumluluktan eşit olarak yer almasının bekleneceği; söz gelimi bugün mevcut olmayan, ancak -örneğin- üç yıl sonra faaliyete geçecek bir erişim sağlayıcının durumunun ne olacağı; anılan Birliğe üye olmayan bir erişim sağlayıcısının, erişim sağlayıcılığı lisansının verilememesi gibi sektör-dışı bırakılma durumu ile karşı karşıya kalınacak bir durumda ne gibi hukukî çözümler bulunacağına dair sorular, gerek “tanım” maddesi olan 2. maddenin (n) bendinde, gerek “Erişim Sağlayıcıları Birliği” kenar başlıklı 6/A maddesinde ve gerekse 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanununun 100. maddesiyle eklenen Geçici üçüncü maddesinde cevapsız kalmıştır. Hatta, madde gerekçelerinde dahî bu ve buna benzer soruların yanıtlarına yer verilmemiştir.

2007 yılında yürürlüğe giren 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”un bilgi toplumuna giden yolda ciddi engeller yarattığı; ifade özgürlüğü ve insan hakları gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku’na aykırı uygulamalara sebep olduğu; 6518 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin 5651 sayılı Kanunu daha da kısıtlayıcı bir hâle soktuğu; mevcut haliyle dahî tepki alarak eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine kısıtlayıcı yöntemlere İnterneti izlemeyi kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri artıracak bu durumun ise demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı yolundaki tartışmalar, kamuoyunda hâla güncelliğini korumaktadır. Hâl böyle iken, 6518 sayılı Kanununun 5651 sayılı Kanunda öngördüğü dava konusu değişikliklerin, toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve nihâyet Türkiye’nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekabette yerini alma hedefleri ile örtüşmediği aşikârdır. Hele (aşağıda, dava dilekçemizin 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanun ile eklenen 6/A, 9/A ve Geçici üçüncü maddenin Anayasa’ya aykırılık sebebiyle iptal gerekçeleri bölümlerinde daha ayrıntılı bir biçimde açıklanacağı üzere), 6518 sayılı Kanununun 5651 sayılı Kanuna getirdiği yeni yapı ve düzenlemeler ile 5651 sayılı Kanununun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderileceği; bu kapsamda yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı; Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereğinin derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirileceği; Birliğe üyeliğin zorunlu olup Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan İnternet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmecilerin üyeliklerini tamamlamak zorunda olmaları; Telekomünikasyon İletişim Başkanının 5651 sayılı Kanun kapsamında verebileceği erişimin engellenmesi kararlarının, yine 5651 sayılı Kanununun 6/A maddesinin altıncı fıkrası hükmünce erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceğine yönelik uygulamaların “Hukuk devleti” ilkesine (Anayasa, madde:2); “Dernek kurma hürriyeti”ne (Anayasa, madde:33); “Dernek kurma hürriyeti”nin üst kavramı olan “Örgütlenme özgürlüğünü” teminat altına alan “Sendika Kurma Hakkı”na (Anayasa, madde 51), “Girişim Özgürlüğü”ne (Anayasa, madde 48); “Hak arama hürriyeti”ne (Anayasa, madde:36); “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” ilkesine (Anayasa, madde:40) açıkça aykırılık teşkil edeceği ortadadır.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı

tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, “Erişim Sağlayıcıları Birliği” ile ilgili olarak 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanuna getirdiği 6/A maddesi, 9. maddenin beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları ile Geçici üçüncü madde hükümleri ve bu yeni düzenlemenin tanımlandığı 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendi, -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- öngördüğü belirsiz ve yanlış düzenlemeler ile “hukuk devleti” ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Şüphesiz, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen 6/A maddesinin Anayasa'ya aykırılığı, bu düzenlemenin Kanun metninde ifadesini bulduğu (tanımlandığı) 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendinin de -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

Diğer yandan, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve “Erişim Sağlayıcıları Birliği”ne ilişkin “Tanım” kuralı olan (n) bendi ile 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ve Erişim Sağlayıcıları Birliği’ni düzenleyen 6/A maddesi arasında “organik” bir bağlantı bulunmaktadır. Başka bir deyişle, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen 6/A maddesi hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen ve “Tanım” kuralı olan (n) bendinin de -kaçınılmaz bir biçimde- iptali gerektiği sonucunu doğuracaktır. Bu durumda -şüphesiz, takdiri Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun “Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama” başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan “Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.” hükmü gereğince, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen iptalini talep ettiğimiz 6/A maddesinin başvuru doğrutusunda iptali hâlinde, uygulama kabiliyeti kalmayan 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendinin de iptaline karar verilmesi sonucunu doğuracaktır.

b-) (o) bendinde geçen:

“... ve benzeri yöntemler kullanılarak ...”

Sözcük grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

6.2.2014 günlü ve 6518 sayılı Kanunun 85. maddesinde iptalini istediğimiz (o) bendi 5651 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmüne yeni bir tanım getirmekte ve anılan Kanunun uygulamasında “Erişimin engellenmesi” tanımının “Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini” ifade ettiğini hükme bağlamaktadır. Ancak, bu tanımda

erişimin engellenmesi sırasında kullanılacak kimi yöntemlerden “benzeri yöntemler” olarak söz edilmesi, 5651 sayılı Kanun’un amacı ve kapsamı ile çelişmekte ve hukukî belirsizliğe sebebiyet vermektedir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik ilkesi”dir. Bu ilkeye göre, 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 keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan devlettir. Hukuk devletinde, yasaların açık ve anlaşılabilir olması, hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ön-koşuldur. Ayrıca yasaların kişisel ya da siyasî amaçlarla değil, kamu yararı amacıyla çıkarılması gereğinde de hukuk devleti bağlamında kuşku bulunmamaktadır.

İnternet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin normların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gerekir. İptali istenilen 6518 sayılı Kanununun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (o) bendinde yer alan “... ve benzeri yöntemler kullanılarak ...” ibaresi yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasa’nın 2.nci maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

c-) (r) bendinde geçen:

“Uyarı yöntemi: İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini,”

Söz grubunun Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanununun 85. maddesi uyarınca 5651 sayılı Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına eklenen (r) bendi ile “Uyarı yöntemi” adı altında yeni bir tanım getirilmiş ve buna göre internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde ise yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemi “Uyarı yöntemi” olarak tanımlanmıştır. Bu yeni tanımın 5651 sayılı Kanun metni içerisindeki uygulama biçimi ise, 6518 sayılı Kanununun 86. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkrasında somutlaşmaktadır.

Buna göre, anılan madde hükmünce “uyarı yöntemi” adı altında, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilmesi mümkün hâle gelmekte

ve böylece 5651 sayılı Kanunda bulunan bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin yeni bir hüküm getirilmektedir.

Aşağıda, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkrası hakkında yapacağımız iptal sebeplerimiz ve gerekçelerimiz bölümünde de detaylı biçimde açıkladığımız veçhile, gerek yurt-içinde ve gerekse yurt- dışında faaliyet yürütenlere bu değişiklikte öngörülen şekliyle bildirim yapılabilmesi, ülkemizin tebligat mevzuatına (hem elektronik, hem klasik) aykırı olduğu gibi, uluslararası anlaşmalarla korunan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedelemektedir. 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta yoluyla bildirim yapılması durumunda, gönderilen e-mailin gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise ne zaman görülüp, açıldığı; açıldı ise tebellüğ yetkisine sahip olanlar tarafından alınıp alınmadığı hususları yanında, ayrıca yurt dışında bulunan hizmet sağlayıcının tâbî olduğu kamu hukukunu ihlâl edebilecek bir düzenlemedir. Başka bir deyişle, bu durum, gerek 7201 sayılı Tebligat Kanununda, gerekse uluslararası anlaşmalarla korunmaya çalışılan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini ihlâl eder mâhiyettedir. Hiç kuşkusuz, geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin internet üzerinde bulunan herhangi bir elektronik posta adresine gönderilecek bir elektronik posta ile sağlanması, hukukî güvenliği derinden sarsmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde adil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesiyle getirilen ve gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere internet sayfalarında bulunan e-mail adreslerinden geçerli tebligat yapılabilmesine olanak sağlayan yeni düzenleme ve bu düzenlemenin tanımlandığı 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendi -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Şüphesiz, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı, bu düzenlemenin Kanun metninde ifadesini bulduğu (tanımlandığı) 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin de -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

Diğer yandan, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilmesine cevaz veren bu uygulama, birçok hukukî sürecin, ilgili taraf, durumun farkında dahî olmadan önce başlayabileceği anlamına gelmektedir. Bu durum, idarî işlemlerin muhataplarının Anayasa'nın 36. maddesi hükmü anlamında "hak arama hürriyetlerini" ciddi bir şekilde tehdit edebilir. Birçok durumda, idarî eylem ve işlemlerin muhatabı olan kişiler, dava, itiraz vs. sürelerini kaçırarak, hak arama özgürlüğünden mahrum kalacaklardır. Bu da, 5651 sayılı Kanun kapsamında yurtiçinden veya yurtdışından faaliyet yapanlara elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile yapılan bildirim muhatabına ulaşmaması halinde bu muhatapların meşrû vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkının elinden

alınması ve dolayısı ile Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nden mahrum bırakılması anlamına gelecektir. Bu itibarla, anılan düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36.maddesinde ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nin ihlâli, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı"nın da ihlâl edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin de yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabûlü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde, idarî işlemlerin muhataplarına (öncelikle içerik sağlayıcısı, makûl sürede sonuç alınamaması halinde ise yer sağlayıcısı) iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek olan bildirim yöntemindeki sakatlık nedeniyle, yukarıda açıklandığı veçhile, hak arama hürriyetleri ihlâl edildiğine göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği âşikârdır.

Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip" olduğu; ikinci fıkrasında ise, "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" hükme bağlanmıştır. Dava konusu düzenleme ile, Anayasamızda temel bir hak ve hürriyet olarak güvence altına alınmış olan "Hak arama hürriyeti"nin ihlâli halinde idarî işlemlerin muhataplarının (öncelikle içerik sağlayıcısı, makûl sürede sonuç alınamaması halinde ise yer sağlayıcısı) yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve anılan hükümde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmemesi nedeniyle 6518 sayılı Kanunun 85. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen (r) bendindeki "tanım" kuralı, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine de açıkça aykırıdır.

Nihâyet, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen tanım kuralı olan (r) bendi ile 6518 sayılı Kanunun 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkra arasında "organik" bir bağlantı bulunmaktadır; başka bir deyişle, 6518 sayılı Kanunun 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkra hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesine eklenen tanım kuralı olan (r) bendinin de -kaçınılmaz bir biçimde- iptali gerektiği sonucunu doğuracaktır. Bu durumda -şüphesiz, takdiri Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan, "Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama

kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.” hükmü gereğince, 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen iptalini talep ettiğimiz üçüncü fıkrasının başvuru doğruğultusunda iptali hâlinde, uygulama kabiliyeti kalmayan 6518 sayılı Kanunun 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin de iptaline karar verilmesi sonucunu doğuracaktır.

6-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 86. maddesinin tamamı olan:

“MADDE 86- 5651 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir.”

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilmesi mümkün hâle gelmekte ve böylece, 5651 sayılı Kanunda yer alan bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin yeni bir hüküm getirilmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere bu değişiklikte öngörülen şekliyle bildirim yapılabilmesi, ülkemizin tebligat mevzuatına (hem elektronik, hem klasik) aykırı olduğu gibi, uluslararası anlaşmalarla korunan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedelemektedir. 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta yoluyla bildirim yapılması durumunda, gönderilen e-mailin gidip gitmediği, muhatabına ulaşp ulaşmadığı, ulaştı ise ne zaman görülüp, açıldığı; açıldı ise tebellüğ yetkisine sahip olanlar tarafından alınıp alınmadığı hususları yanında, ayrıca yurt dışında bulunan hizmet sağlayıcının tâbi olduğu kamu hukukunu ihlâl edebilecek bir düzenlemedir.

Bu düzenleme, ilk bakışta “pratik bir çözüm” gibi görünmekle birlikte, e-posta mesajlarının güvenliğinin dahî tartışma konusu olduğu bir ortamda, şirketlere e-posta ile hak ihlâli vb. süreçlerle ilgili bildirim yapılabileceğini kabûl etmek, hukuka aykırı uygulamaların önünü açacaktır. Nitekim son dönemde, e-tebligat ile ilgili düzenlemeler yapılmış, anonim ve limited şirketler için zorunlu olan ve resmi yazışmaların elektronik ortamda mevzuata uygun, uluslararası standartlarda ve teknik olarak güvenli bir şekilde yapılmasına imkân sağlayan KEP (Kayıtlı Elektronik Posta) hizmeti ile güvenli ve geçerli tebligat süreçleri başlatılmıştır. Kuşkusuz, yasal süreçler ve hak ihlâlleri bağlamında ilgililere yapılacak bildirimlerin geçerlilik koşullarının her zaman gözetilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde adil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 6518 sayılı Kanununun 86. maddesiyle getirilen ve gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere internet sayfalarında bulunan e-mail adreslerinden geçerli tebligat yapılabilmesine ilişkin bu düzenleme, gerek 7201 sayılı Tebligat Kanununda, gerekse uluslararası antlaşmalarla korunmaya çalışılan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini ihlâl eder mahiyettedir. Geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin internet üzerinde bulunan bir elektronik posta adresine gönderilecek bir elektronik posta ile sağlanması, hukukî güvenliği derinden sarsmaktadır. Bu da her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olmak mecburiyetinde olan bir hukuk devletinde kabûl edilemez bir düzenlemedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanununun 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun "Bilgilendirme yükümlülüğü" başlığını taşıyan 3. maddesinde yapılan yeni düzenleme "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilmesine cevaz veren bu uygulama, birçok hukukî sürecin ilgili taraf durumun farkında dahî olmadan önce başlayabileceği anlamına gelmektedir. Bu durum, idarî işlemlerin muhataplarının Anayasa'nın 36. maddesi hükmü anlamında "hak arama hürriyetlerini" ciddi bir şekilde tehdit edebilir. Birçok durumda, idarî eylem ve işlemlerin muhatabı olan kişiler, dava, itiraz vs. sürelerini kaçırarak, hak arama özgürlüğünden mahrum kalacaklardır. Bu da, 5651 sayılı Kanun kapsamında yurtiçinden veya yurtdışından faaliyet yapanlara elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile yapılan bildirim muhatabına ulaşmaması halinde, bu muhatapların meşrû vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkının ellerinden alınması ve dolayısı ile Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nden mahrum bırakılması anlamına gelecektir. Bu itibarla, anılan düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nin ihlâli, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı"nın da çiğnenmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere "Anayasa ile tanınmış bir hak" olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin de yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabûlü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilecek olan 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürüten gerçek ya da tüzel kişilerin yukarıda açıklandığı veçhile, hak arama hürriyeti ihlâl edildiğine göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği aşîkârdır.

Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip" olduğu; ikinci fıkrasında ise, "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" hükme bağlanmıştır. Dava konusu hükümde, Anayasamızda temel bir hak ve hürriyet olarak güvence altına alınmış olan "Hak arama hürriyeti"nin ihlâli halinde idarî işlemlerin muhataplarına, yâni internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilecek olan 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürüten gerçek ya da tüzel kişilere) yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve anılan hükümde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmemesi nedeniyle 5651 sayılı Kanunun üçüncü maddesine 6518 sayılı Kanunun 86. maddesi ile eklenen dava konusu üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine de açıkça aykırıdır.

7-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 87. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 87- 5651 sayılı Kanunun 4 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(3) İçerik sağlayıcı, Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim eder ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri alır."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, içerik sağlayıcının, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde anılan Başkanlığa teslim etmesini ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almasını öngörmektedir. Ancak, şu husus çok açık bir biçimde görülmektedir ki, 5651 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklik, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın tüm İnternet kullanıcılarının iletişim verilerinin herhangi bir hukukî sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hâle getirmek üzere düzenlenmiştir. Tüm bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberi olmayacağı açıktır. Başkanlık, içerik sağlayıcısından (88. maddesinde yer sağlayıcısından, 89. maddesinde de erişim sağlayıcısından) kendi belirlediği ve talep ettiği bilgileri göndermesini isteyecek; bu talebe uyulmaması halinde ise yüksek para cezaları kesilmek suretiyle müeyyide uygulanacaktır. Ancak bu bilgilerin yollandığından, kullanıcının hiçbir şekilde haberi olmayacaktır. İdarenin tamamen keyfî olarak verdiği bu karara karşı zarar görecektir kişinin itiraz etmesi mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da itiraz etmekte bir menfaati bulunmamaktadır. Açık bir şekilde Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesine aykırı biçimde özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulama, yine Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "Hak arama hürriyeti"ni de ortadan kaldırmasının ötesinde,

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hâle getirmektedir.

6518 sayılı Kanununun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu çok açıktır. Çünkü, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." denilmektedir. Anayasa kuralı çok açıktır ve "özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı Anayasa koyucu tarafından çok net ve kesin bir dille ortaya konmuştur.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. 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 veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Kural, çok açıktır. Özellikle, anılan kuralın üçüncü cümlesinde yer alan "kişisel verilerin ... ancak kişinin açık rızası ile işlenebileceği" hükmünün mefhum-u muhâlifinden "Kişinin açık rızası yok ise, kişisel verilerinin işlenebilmesinin imkânsız olduğu" sonucuna varılmaktadır.

Oysa, 6518 sayılı Kanununun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasında "İçerik sağlayıcının Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmesi"ni öngören kural, "Kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde Başkanlığa teslim edilmesine" cevaz vermekte ve böylece Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında zikredilen "Kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği" kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "... kanunda öngörülen haller" in nelerden ibâret olduğu ise 6518 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, içerik sağlayıcı tarafından kişisel verilerin işlenip bilgi haline getirilerek Başkanlığa teslim edilmesini öngören bu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir; bu itibarla, iptali gerekir.

Bu noktada, Avrupa Adalet Divanı'nın C293/12 ve C594/12 sayılı birleştirilmiş başvurular üzerine verdiği 8 Nisan 2014 tarihli Kararıyla, iptali talep edilen düzenlemelere benzer mâhiyette hükümler içeren 2006/24/EC sayılı ve 15 Mart 2006 tarihli "Verilerin Saklanması İlişkin AB Direktifi"ni "hukuka aykırı" bulduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu Direktif hükümlerinin Divan tarafından özel yaşamın gizliliği ve korunması hakkına ve ifade özgürlüğüne aykırı bulunmasının en önemli gerekçelerinden biri, anılan Direktifte, yetkili kamu otoritelerinin verilere erişimiyle ilgili olarak kişisel, coğrafî, konusal ve benzeri her hangi bir sınırlama getirilmemesi ve diğeri, bu otoritelerin verilere erişiminin öncelikli biçimde yargı denetiminden çıkarılması olarak gösterilmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde

belirtilen sebeplere bağı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği” öngörölmüştür. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Oysa, anılan düzenlemede, içerik sağlayıcı tarafından, talebi hâlinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hâlbuki, Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanûnîlik ve ölçülülük kistaslarına uygun olması” ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdâhale niteliğindeki bir işlemin, objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Dolayısı ile, dava konusu bu düzenleme, Anayasa’nın 13. maddesi hükmüne aykırıdır. Ayrıca, kamu otoritelerine, somut durumda anılan objektif ölçütleri yerine getirmeleri beklenmeden kişisel verilere erişim yetkisi verilmesi de, Anayasa’nın “Özel hayatın gizliliği” ilkesini kabûl eden 20. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, iptalini istediğimiz iş bu madde metninden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından içerik sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin mahiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarîh olmadığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, bilginin hassas bilgi, şahsî bilgi, gizli bilgi, ticârî sır gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu tür bilgilerden hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceği, kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzemdir. Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesini bulan “hukuk devleti” ilkesinin belirsizliğe, muğlak ya da müphem düzenleme ve uygulamalara tahammülü yoktur. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanununun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 4. maddesinde yapılan değişiklik, Anayasa’nın “Hukuk devleti” ilkesini benimseyen 2. maddesine, “Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca kanûnîlik ve ölçülülük kriterlerine uygun olması” ilkesini öngören 13. maddesine ve - az yukarıda açıklandığı veçhile- Anayasa’nın “Özel hayatın gizliliği ve korunması”nı öngören 20. maddesi ile kişilere hak arama hürriyetini bahşeden 36. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir; bu yönü ile de iptali gerekir.

Şüphesiz, Anayasa’nın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin ihlâlî, beraberinde, Anayasa’nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının da çiğnenmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa’nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. “Hak arama hürriyeti” de kişilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabûlü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde içerik sağlayıcısının Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi yükümlülüğü getirildiğine ve bu yükümlülükle, gerektiğinde özel hayata ilişkin bütün bilgiler de dâhil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olan içerik sağlayıcısının “hak arama hürriyeti” böylece ortadan kaldırıldığına göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa’nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği aşîkârdır.

Diğer yandan, Anayasa’nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında “Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu” belirtilmiştir. Dava konusu düzenlemede, hak arama hürriyeti ile bu Anayasal hakkı ihlâl edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve süreleri

belirtilmemiştir. Bu nedenlerle, 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine 6518 sayılı Kanununun 87. maddesi ile eklenen üçüncü fıkra, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

8-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 88. maddesinin iptalini istediğimiz,

a.) Üçüncü fıkrasının tamamı olan:

"(3) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme ile, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğü getirilmektedir.

Yeni düzenlemede, öngörülen saklama süresinin Uluslararası ve Avrupa hukuku düzenlemelerine nazaran uzun ve geniş kapsamlı olmasına ek olarak, saklanan verilerin güvenliği ile ilgili herhangi bir önleme de işaret edilmemiş olması, ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği açısından ciddi bir tehlike doğurmaktadır. İfade özgürlüğü açısından bu bilgilerin her an erişime açık bir şekilde saklanması, muhâlif görüşlerin özel alanda dahî ifade edilmesini engelleyecek boyutta bir otosansür uygulamasına ve korku toplumuna yol açabilecek niteliktedir. Kişisel verilerin korunması, ifade özgürlüğünün bir gereği olduğu kadar (aşağıda, 6518 sayılı Kanununun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri bölümünde de açıklamaya çalıştığımız üzere), 9/A maddesi ile kendisine görünüşte olağanüstü bir önem atfedilmiş olan özel hayatın gizliliğinin de en önemli unsurlarından biridir. Kanun değişiklikleriyle verilerin saklanmasına ilişkin yeterli korumanın getirilmemiş olması, özel hayatın gizliliğinin, yalnızca kamuya mâl olmuş insanların ve bilgiye erişim hakkının önüne geçebildiği ölçüde gündeme getirildiği izlenimini vermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kişisel verilerin sadece saklanmasının dahî, Sözleşme'nin 8. maddesi'nce korunan özel yaşamın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu görüşündedir (Leander, İsveç 26.03.1987, Copland, Birleşik Krallık 03.04.2007). Bu doğrultuda, müdahalenin hukuka uygun olması için yasallık ve demokratik toplumda gereklilik niteliklerini taşıması gerekmektedir. Avrupa Adalet Divanı da, haberleşmenin devamı veya faturalandırma için gerekli olmayan verilerin derhâl silinmesi gerektiği yolundaki genel kuraldan sapıldığı her durumda, "özel yaşamın gizliliğine bir müdahale gerçekleştirildiği" görüşündedir (Avrupa Adalet Divanı'nın 8 Nisan 2014 tarihli, C293/12 ve C594/12 sayılı birleştirilmiş başvurular üzerine vermiş olduğu Karar). Bu nedenlerle, anılan düzenleme Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesini benimseyen 20. maddesi ile "Düşünceyi açıklama ve yayma (ifade) hürriyeti"ni Anayasal bir hak olarak güvence altına alan 26. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer yandan, anılan düzenleme ile internet trafik bilgilerinin (önceki düzenlemeden farklı biçimde) 6 ay yerine 12 ay süresince tutulması öngörülmektedir. Yalnızca bu bile, internet

erişim sağlayıcılarının üzerinde malî bir yük (kölfe) oluşturacak ve internet kullanım maliyetleri artacaktır. Buna bağılı olarak da ucuz ve hızlı internet erişimi hayal olacaktır.

Dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağılı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, 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 gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen istisnai haller dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2010/69 Esas, 2011/116 Karar sayılı ve 07.07.2011 tarihli içtihadı).

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi başka bir Kararında, "... çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır." İctihadında bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 2013/72 Esas, 2013/126 Karar sayılı ve 31.10.2013 tarihli İctihadı).

O halde, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmesi ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü'nün, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerce verilen kararlara istinaden koruma tedbiri uygulanarak twitter.com adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda verdiği 2.4.2014 tarihli Kararında, "Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin

özlerine de dokunamaz.” demek suretiyle, Anayasa’nın 13. maddesinde ifadesini bulan “temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi” ilkesine açıkça vurgu yapmıştır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun 88. maddesinin 3. fıkrasında yer alan dava konusu düzenleme ile, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğü belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmesi suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. Böyle bir düzenleme ise hukukî güvenlik sağlayamayacağı için, dava konusu düzenleme, öncelikle Anayasa’nın “hukuk devleti” ilkesini benimseyen “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlıklı 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, dava konusu düzenleme ile, yer sağlayıcısına trafik bilgilerinin tutulma sürelerini belirleme yetkisinin genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılması, yasama yetkisinin devri niteliğinde olup, kural bu yönüyle Anayasa’nın 7. maddesine de aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin sürenin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasını öngören dava konusu düzenleme, Anayasa’nın 13. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

b-) Dördüncü fıkranın tamamı olan:

“(4) Yer sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilir ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilirler.”

Söz grubunun Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, yer sağlayıcıların, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilmesi ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilmesi öngörülmektedir. Görüldüğü gibi, yer sağlayıcıların, yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilmesi ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilmesinin usul ve esasları idare (yürütme) tarafından çıkartılacak olan yönetmeliğe bırakılmaktadır. Esasen bu düzenleme, açık bir biçimde, “Yasama yetkisinin yürütmeye devri” anlamına gelmektedir. “Hukuk Devleti”nde, yürütmenin (idarenin) hiçbir sınır olmaksızın keyfi kararlar alabilmesi mümkün değildir.

Zirâ, Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda âdil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de “belirlilik ilkesi”dir. Bu ilkeye göre, 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 gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen istisnai haller dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2010/69 Esas, 2011/116 Karar sayılı ve 07.07.2011 tarihli içtihadı).

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi başka bir Kararında, "... çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır." İçtihadında bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 2013/72 Esas, 2013/126 Karar sayılı ve 31.10.2013 tarihli İçtihadı).

O halde, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmeli ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Nitekim, twitter.com isimli internet adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü'nün verdiği 2.4.2014 tarihli Kararında, "Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz." demek suretiyle, Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan "temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi" ilkesine açıkça vurgu yapmıştır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanununun 88. maddesinin 4. fıkrasında yer alan dava konusu düzenleme ile, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usul ve esaslarının belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmakta ve böylece bu konudaki düzenleme belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın, idareye yetki verilmek suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. Ayrıca, 6518 sayılı Kanununun 88. maddesinin 4. fıkrası ile 5651 sayılı Kanununun 5. maddesine eklenen beşinci fıkra ile, yer sağlayıcıların kategorize edilmesinin kanun ile değil de kim tarafından çıkartılacağı belli dahî olmayan yönetmeliğe bırakılması internet aktörleri arasında eko-sisteme en fazla katkıda bulunan yer sağlayıcılarının önemine oranla yanlış olduğu gibi, normlar hiyerarşisine de aykırıdır ve idareye gayrimâkul bir takdir hakkı ve keyfî hareket alanı tanımaktadır. Dolayısı ile, böyle bir düzenleme ile hukukî güvenliğin sağlanabilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, dava konusu bu

düzenleme, öncelikle Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, bu düzenleme ile, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usûl ve esaslarının genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılması, "yasama yetkisinin devri" niteliğinde olup, kural bu yönüyle Anayasa'nın 7. maddesine de aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usûl ve esaslarının belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasını öngören dava konusu ibâre, Anayasa'nın 13. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

c-) Beşinci fıkranın tamamı olan:

"Yer sağlayıcı, Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür."

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, yer sağlayıcının, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmesi ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri alması öngörülmektedir. Ancak, şu husus çok açık bir biçimde görülmektedir ki, 5651 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklik (yukarıda 6518 sayılı Kanununun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrası hakkındaki iptal gerekçemizde de belirtildiği gibi), Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nun tüm İnternet kullanıcılarının iletişim verilerinin herhangi bir hukukî sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hâle getirmek üzere düzenlenmiştir. Tüm bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberi olmayacağı açıktır. Başkanlık, yer sağlayıcısından (87. maddesinde içerik sağlayıcısından, 89. maddesinde de erişim sağlayıcısından) trafik bilgilerini göndermesini isteyecek; bu talebe uyulmaması halinde ise yüksek para cezaları kesilmek suretiyle müeyyide uygulanacaktır. Ancak bu bilgilerin yollandığından, kullanıcının hiçbir şekilde haberi olmayacaktır. İdarenin tamamen keyfi olarak verdiği bu karara karşı zarar görecektir kişinin itiraz etmesi mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da itiraz etmekte bir menfaati bulunmamaktadır. Diğer yandan, 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrada içerik sağlayıcının, "Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerin ifası kapsamında" talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi öngörülmüş iken, yer sağlayıcılar için aynı konuda düzenleme getiren 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanununun 5. maddesine eklenen beşinci fıkrasında "Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında" bilgi talep edebilmesi koşuluna da yer verilmemiş ve böylece daha keyfi bir uygulamanın önü açılmıştır. Açık bir şekilde Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesine aykırı biçimde özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulama, yine Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "Hak arama hürriyeti"ni de ortadan kaldırmasının ötesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hâle getirmektedir.

6518 sayılı Kanununun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu çok açıktır. Çünkü, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." denilmektedir. Anayasa kuralı çok açıktır ve "özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı Anayasa koyucu tarafından çok net ve kesin bir dille ortaya konmuştur.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. 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 veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Kural, çok açıktır. Özellikle, anılan kuralın üçüncü cümlesinde yer alan "kişisel verilerin ... ancak kişinin açık rızası ile işlenebileceği" hükmünün mefhum-u muhâlifinden "Kişinin açık rızası yok ise, kişisel verilerinin işlenebilmesinin imkânsız olduğu" sonucuna varılmaktadır.

Oysa, 6518 sayılı Kanununun 88. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 5. maddesine eklenen beşinci fıkrasında "Yer sağlayıcının Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etme yükümlülüğü"nü öngören kural, "Kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde Başkanlığa teslim edilmesine" cevaz vermekte ve böylece Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında zikredilen "Kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği" kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "... kanunda öngörülen haller" in nelerden ibâret olduğu ise 6518 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, yer sağlayıcı tarafından kişisel verilerin işlenip bilgi haline getirilerek Başkanlığa teslim edilmesini öngören bu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir; bu itibarla, iptali gerekir.

Yukarıda, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrası hakkında ileri sürdüğümüz iptal gerekçelerinde de belirttiğimiz üzere, bu noktada, Avrupa Adalet Divanı'nın C293/12 ve C594/12 sayılı birleştirilmiş başvurular üzerine verdiği 8 Nisan 2014 tarihli Kararıyla, iptali talep edilen düzenlemelere benzer mâhiyette hükümler içeren 2006/24/EC sayılı ve 15 Mart 2006 tarihli "Verilerin Saklanması İlişkin AB Direktifi"ni "hukuka aykırı" bulduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu Direktif hükümlerinin Divan tarafından özel yaşamın gizliliği ve korunması hakkına ve ifade özgürlüğüne aykırı bulunmasının en önemli gerekçelerinden biri, anılan Direktifte, yetkili kamu otoritelerinin verilere erişimiyle ilgili olarak kişisel, coğrafi, konusal ve benzeri her hangi bir sınırlama getirilmemesi ve diğeri, bu otoritelerin verilere erişiminin öncelikli biçimde yargı denetiminden çıkarılması olarak gösterilmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" öngörülmüştür. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Oysa, anılan düzenlemede, yer

sağlayıcı tarafından, talebi hâlinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hâlbuki, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanûnîlik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdâhale niteliğindeki bir işlemin, objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Dolayısı ile, dava konusu bu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne aykırıdır. Ayrıca, kamu otoritelerine, somut durumda anılan objektif ölçütleri yerine getirmeleri beklenmeden kişisel verilere erişim yetkisi verilmesi de, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" ilkesini kabûl eden 20. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Bunun yanında, iptalini istediğimiz iş bu madde metninden, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yer sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin mâhiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarîh olmadığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, bilginin hassas bilgi, şahsî bilgi, gizli bilgi, ticârî sır gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu tür bilgilerden hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceği, kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzemdir.

Bunun yanında, kuralda, "Yer sağlayıcının... Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü olduğu" öngörülmüştür. Ancak, bu hükümde "Başkanlıkça bildirilen tedbirlerin" ne olduğu açıklanmamıştır. Dolayısı ile, bu tedbirlerin ne olduğu muâllâkta kalmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin belirsizliğe, muğlak ya da müphem düzenleme ve uygulamalara tahammülü yoktur. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunun 88. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen beşinci fıkrasında öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesine ve -az yukarıda açıklandığı veçhile- Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması"nı öngören 20. maddesi ile kişilere "Hak arama hürriyeti"ni bahşeden 36. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir; iptali gerekir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36.maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin ihlâlî, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının da çiğnenmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin de yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabûlü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde yer sağlayıcısına Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi yükümlülüğü getirildiğine ve bu yükümlülükle özel hayata ilişkin bilgiler de dâhil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olan yer sağlayıcısı ile gerektiğinde hakkındaki bütün bilgiler Başkanlığa teslim edilen idarî işlemin muhatabı olan gerçek veya tüzel kişilerin hak arama hürriyeti böylece ortadan kaldırıldığına göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği âşikârdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" belirtilmiştir. Dava konusu düzenlemede, hak arama hürriyeti ile bu Anayasal hakkı

ihlâl edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve süreleri belirtilmemiştir. Bu nedenlerle, 5651 sayılı Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasına 6518 sayılı Kanunun 88. maddesi ile eklenen beşinci fıkra, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

d-) Altıncı fıkranın tamamı olan:

“(6) Yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya bu Kanundaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen yer sağlayıcı hakkında Başkanlık tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.”

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya 5651 sayılı Kanundaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen yer sağlayıcılar hakkında Başkanlık tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği hükme bağlanmaktadır. Görüldüğü gibi, maddede tanımlanan para cezasına konu eylemin fâili “yer sağlayıcısı”, eylem ise “yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmama veya 5651 sayılı Kanundaki yükümlülükleri yerine getirmeme” olarak tanımlanmıştır. Bu eyleme bağlanan müeyyide (yaptırım) ise on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezasıdır. Kezâ, düzenlemeye göre, anılan Kuralın ihlâli halinde cezaya hükmedecek olan ise bir yargı organı değil, idarenin bir birimi olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığıdır.

Oysa, idarî nitelikte bile olsa, para cezasını öngören bir müeyyidenin (yaptırımın) idare birimleri (yürütme) tarafından değil de, mahkemeler (yargı) tarafından verilmesi gerekmektedir. Zirâ, maddede öngörülen para cezasının alt ve üst haddi arasında “on katı” gibi fâhiş bir fark vardır ve hangi sınırdan verilmesinin takdiri çok titiz ve ayrıntılı bir muhâkeme faaliyetini (yargılamayı) gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar on kat aralığında değişen bir para cezasının verilebilmesi yetkisi, idareye değil, mahkemelere ait olmalıdır.

Ayrıca, Başkanlık tarafından yer sağlayıcılara 10 bin ilâ yüz bin Türk Lirası arasında idarî para cezası verilmesi, “suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma” prensibine de aykırıdır. Ülkemizde, ceza mahkemeleri dahî cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sırasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 61. maddesinde hükme bağlanan suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suç konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını, failin kast ve taksirine dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belerlerken ve bunun da gerekçesini kararında göstermesi gerekirken, TİB gibi idarî bir kuruma hem fâhiş, hem de keyfî olabilecek nitelikte ve üstelik, arada 10 kat fark olan bir ceza verme yetkisi verilmesi, ceza hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırıdır.

Zirâ, Anayasamızın 38. maddesinin “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlıklı 38. maddesinin üçüncü fıkrasında “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilmektedir. Kanunla konulması gereken bir cezanın ise Mahkemelerce verilmesi gerekir. Bu bakımdan, bağımsız mahkemelere tanınan muhâkeme yapabilme ve ceza verebilme yetkisinin, dava konusu Kuralda olduğu gibi idareye (TİB'e) bırakılması -deyim yerinde ise- “yargı yetkisinin yürütmeye devri”, anlamına gelmekte olup, bu da -kanaatimizce- Anayasa'nın

38. maddesine tamamen aykırılık teşkil etmektedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunun 5. maddesine eklenen altıncı fıkrasının iptali gerekmektedir.

9-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 89. maddesinin,

a-) (ç) bendinin tamamı olan:

“Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla,”

Söz grubunun Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanunun “Erişim sağlayıcının yükümlülükleri” kenar başlıklı 6. maddesine (ç) bendi eklenmiş ve eklenen bu yeni bent ile erişim sağlayıcı, erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla da yükümlü tutulmuştur.

Hemen belirtmek gerekir ki, kamuoyunda ve basında “Gezi önlemi” olarak nitelendirilen bu düzenlemenin ne anlama geldiğini kavrayabilmek mümkün değildir. Örneğin, erişim sağlayıcı hangi alternatif erişim yollarını, hangi araçları kullanarak engelleyecektir? Soru önemlidir, zirâ bu lâzimeye uymayan erişim sağlayıcı, aynı maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen çok yüklü miktarlarda para cezaları ile cezalandırılabilecektir (5651 sayılı Kanunun 6. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından on bin Yeni Türk Lirasından elli bin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilebilmesi öngörülmektedir). Erişim sağlayıcılar, hakkında erişimin engellenmesi kararı verilen yayınlarla ilgili olarak Proxy servisleri gibi alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla mı yükümlüdürler? (Bu bağlamda Ktunnel.com sitesi’ne Türkiye’den erişim Kasım 2013’den beri mahkeme kararıyla engellidir); yoksa yükümlülükleri, bunu aşacak nitelikte midir? Söz gelimi, erişim engelleme kararı verilen yayınlar başka yerde yayımlanırsa (veya sosyal medyada paylaşılsa) erişim sağlayıcı bu diğer siteleri de mi engelleyecektir? Bütün bu hususlar, uygulayıcının keyfine bırakılmıştır.

Diğer yandan, dava konusu Kuralda, “alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirler”den söz edilmektedir. Ancak, Kuralda, “alternatif erişim yolları” konusunda bir açıklık, bir netlik bulunmamaktadır. Halbuki, “erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yolları”nın neler olduğunun Kanun metninde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu cihet, “hukuk devleti” olmanın da bir gereğidir. Böylesi bir belirsizlik “hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşmaz. Nitekim, Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda âdil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

“Hukuk devleti”nin temel ilkelerinden biri ise, “belirlilik ilkesi”dir. Bu ilkeye göre, 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 keyfî uygulamalarına karşı “koruyucu önlemler” içermesi gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler, hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Buna göre, internet ortamına erişim sağlayıcının erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alacağı engelleyici tedbirlerle ilgili alternatif erişim yollarının ve buna ilişkin hukukî normların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gerekir. İptali istenilen 6518 sayılı Kanunun 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen (ç) bendinde yer alan kuralın yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olması nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

b-) (d) bendinin tamamı olan:

“Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla,”

Söz grubunun Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, bu düzenleme, erişim sağlayıcının, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmesini ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almasını öngörmektedir. Ancak, şu husus çok açık bir biçimde görülmektedir ki, 5651 sayılı Kanunda yapılan bu değişiklik (yukarıda 6518 sayılı Kanunun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, 88. maddesi ile de 5. maddesine eklenen beşinci fıkrası hakkındaki iptal gerekçelerimizde de belirttiğimiz gibi), Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın tüm İnternet kullanıcılarının iletişim verilerinin herhangi bir hukukî sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hâle getirmek üzere düzenlenmiştir. Bütün bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberi olmayacağı açıktır. Başkanlık, erişim sağlayıcısından (87. maddesinde içerik sağlayıcısından, 88. maddesinde de yer sağlayıcısından) talep ettiği bilgileri göndermesini isteyecek; bu talebe uyulmaması halinde ise yüksek para cezaları kesilmek suretiyle müeyyide uygulanacaktır. Ancak bu bilgilerin yollandığından, kullanıcının hiçbir şekilde haberi olmayacaktır. İdarenin tamamen keyfî olarak verdiği bu karara karşı zarar görecektir kişinin itiraz etmesi mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da itiraz etmekte bir menfaati bulunmamaktadır. Diğer yandan, 5651 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrada içerik sağlayıcının, “Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerin ifası kapsamında” talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi öngörülmüş iken, erişim sağlayıcılar için aynı konuda düzenleme getiren 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen (d) bendinde “Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında” bilgi talep edebilmesi koşuluna da yer verilmemiş ve böylece daha keyfî bir uygulamanın önü açılmıştır. Açık bir şekilde Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen “Özel hayatın gizliliği ve korunması” ilkesine aykırı biçimde özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulama, yine Anayasa’nın 36. maddesinde tanımlanan “Hak arama hürriyeti”ni de ortadan kaldırmasının ötesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hâle getirmektedir.

6518 sayılı Kanununun 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu çok açıktır. Çünkü, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." denilmektedir. Anayasa kuralı çok açıktır ve "özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı Anayasa koyucu tarafından çok net ve kesin bir dille ortaya konmuştur.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. 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 veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Kural, çok açıktır. Özellikle, anılan kuralın üçüncü cümlesinde yer alan "kişisel verilerin ... ancak kişinin açık rızası ile işlenebileceği" hükmünün mef'humu muhâlifinden "Kişinin açık rızası yok ise, kişisel verilerinin işlenebilmesinin imkânsız olduğu" sonucuna varılmaktadır.

Oysa, 6518 sayılı Kanununun 89. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde erişim sağlayıcının "Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etme yükümlülüğü"nü öngören kural, "Kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde Başkanlığa teslim edilmesine" cevaz vermekte ve böylece Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında zikredilen "Kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği" kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "... kanunda öngörülen haller" in nelerden ibâret olduğu ise 6518 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, erişim sağlayıcı tarafından kişisel verilerin işlenip bilgi haline getirilerek Başkanlığa teslim edilmesini öngören bu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine çok açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir; bu itibarla, iptali gerekir.

Yukarıda, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrası ile 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendi hakkında ileri sürdüğümüz iptal gerekçelerinde de belirtildiği üzere, burada da, Avrupa Adalet Divanı'nın C293/12 ve C594/12 sayılı birleştirilmiş başvurular üzerine verdiği 8 Nisan 2014 tarihli Kararıyla, iptali talep edilen düzenlemelere benzer mâhiyette hükümler içeren 2006/24/EC sayılı ve 15 Mart 2006 tarihli "Verilerin Saklanması İlişkin AB Direktifi"ni "hukuka aykırı" bulduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu Direktif hükümlerinin Divan tarafından özel yaşamın gizliliği ve korunması hakkına ve ifade özgürlüğüne aykırı bulunmasının en önemli gerekçelerinden biri, anılan Direktifte, yetkili kamu otoritelerinin verilere erişimiyle ilgili olarak kişisel, coğrafi, konusal ve benzeri her hangi bir sınırlama getirilmemesi ve diğeri, bu otoritelerin verilere erişiminin öncelikli biçimde yargı denetiminden çıkarılması olarak gösterilmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" öngörülmüştür. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Oysa, anılan düzenlemede, erişim

sağlayıcı tarafından, talebi hâlinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hâlbuki, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanûnîlik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdâhale niteliğindeki bir işlemin, objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Dolayısı ile, dava konusu bu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne aykırıdır. Ayrıca, kamu otoritelerine, somut durumda anılan objektif ölçütleri yerine getirmeleri beklenmeden kişisel verilere erişim yetkisi verilmesi de, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" ilkesini kabûl eden 20. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, iptalini istediğimiz iş bu madde metninden Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişim sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin mâhiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarih olmadığı anlaşılmaktadır. Bilindiği üzere, bilginin hassas bilgi, şahsî bilgi, gizli bilgi, ticârî sır gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu tür bilgilerden hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceği, kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzemdir. Bunun yanında, Kuralda, erişim sağlayıcının "... Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü olduğu" öngörülmüştür. Ancak, bu hükümde "Başkanlıkça bildirilen tedbirlerin" ne olduğu açıklanmamıştır. Dolayısı ile, bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğu konusu muâllâkta kalmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin belirsizliğe, muğlak ya da müphem düzenlemelere tahammülü yoktur. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanununun 89. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesine ve -az yukarıda açıklandığı veçhile- Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması"ni öngören 20. maddesi ile kişilere "Hak arama hürriyeti"ni bahşeden 36. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir; iptali gerekir.

Şüphesiz, Anayasa'nın 36.maddesinde ifadesini bulan "hak arama hürriyeti"nin ihlâli, beraberinde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının da çiğnenmesi sonucunu doğurmaktadır. Zirâ, hak arama hürriyetine sahip olmayan bir kişinin Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan Anayasal hak ve hürriyetlerinin korunması imkânına sahip olduğunu söylemeye imkân yoktur. "Hak arama hürriyeti" de kişilere Anayasa ile tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkı ihlâl edilenlerin de yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının ihlâl edildiğinin kabûlü gerekmektedir.

Dava konusu hükümde erişim sağlayıcısına Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının talep ettiği bilgileri Başkanlığa teslim etmesi yükümlülüğü getirildiğine ve bu yükümlülükle özel hayata ilişkin bilgiler de dâhil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olan erişim sağlayıcısı ile gerektiğinde hakkındaki bütün bilgiler Başkanlığa teslim edilen idarî işlemin muhatabı olan gerçek veya tüzel kişilerin hak arama hürriyeti böylece ortadan kaldırıldığına göre, böylesi bir hukuksuzluğun Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık teşkil ettiği âşikârdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında "Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu" belirtilmiştir. Dava konusu düzenlemede, hak arama hürriyeti ile bu Anayasal hakkı ihlâl edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve süreleri

belirtilmemiştir. Bu nedenlerle, 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasına 6518 sayılı Kanununun 89. maddesi ile eklenen (d) bendi, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

10-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra getirilen 6/A madesinin,

Birinci fıkranın tamamı olan:

"(1) Bu Kanununun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur."

İkinci fıkranın tamamı olan:

"(2) Birlik özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir. Birliğin merkezi Ankara'dır."

Üçüncü fıkranın tamamı olan:

"(3) Birliğin çalışma usul ve esasları Kurum tarafından onaylanacak Tüzükle belirlenir. Tüzük değişiklikleri de Kurumun onayına tabidir."

Dördüncü fıkranın tamamı olan:

"(4) Birlik, Tüzüğüünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar."

Beşinci fıkranın tamamı olan:

"(5) Birlik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur."

Altıncı fıkrasının tamamı olan:

"(6) Bu Kanununun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirilir. Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılım erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanır."

Yedinci fıkranın tamamı olan:

"(7) Bu Kanununun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları gereği için Birliğe gönderilir. Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır."

Sekizinci fıkranın tamamı olan:

“(8) Birlik, kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebilir.”

Dokuzuncu fıkranın tamamı olan:

“(9) Birliğin gelirleri, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşur. Alınacak ücretler, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirlenir. Bir üyenin ödeyeceği ücret, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirlenir. Üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususlar Birlik Tüzüğünde belirlenir. Süresinde ödenmeyen ücretler Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edilir.” ve,

Onuncu fıkranın tamamı olan:

“(10) Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamaz.”

Söz gruplarının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri:

Görüldüğü gibi, bu yasal düzenlemenin dava konusu yaptığımız birinci fıkrasında 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulduğu; ikinci fıkrasında, adı geçen Birliğin özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olup Birliğin merkezinin Ankara olduğu; üçüncü fıkrasında Birliğin çalışma usul ve esaslarının Kurum (Telekomünikasyon Kurumu) tarafından onaylanacak Tüzükle belirleneceği; Tüzük değişikliklerinin de Kurumun onayına tabî olduğu; dördüncü fıkrasında Birliğin, Tüzüğünün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı; beşinci fıkrasında Birliğin, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluş niteliğinde olduğu; altıncı fıkrasında 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceği; Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanacağı; yedinci fıkrasında 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderileceği; bu kapsamda Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı; sekizinci fıkrasında Birliğin, kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebileceği; dokuzuncu fıkrasında Birliğin gelirlerinin, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluştuğu; alınacak ücretlerin, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirleneceği; bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirleneceği; üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğünde belirleneceği; süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edilebileceği ve nihâyet onuncu ve son fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yukarıda, dilekçemizin 6518 sayılı Kanunun 85. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ve “Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliği” ile ilgili “Tanım” kuralı olan (n) bendi hakkında ileri sürdüğümüz iptal gerekçelerimizde de açıkladığımız veçhile, 5651 sayılı Kanunda yapılan anılan düzenleme ile Türk Hukukunda “E Sağlayıcıları Birliği” adı altında yeni bir müessese ihdâs olunmaktadır. 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı

Kanunda getirdiği en büyük değişikliklerden birisi, “Erişim Sağlayıcıları Birliği” adı altında, özel hukuk tüzel kişiliğine ve kamusal yetkilere sahip, nev’i şahsına münhasır bir yapının kurulmasını öngörmesidir. Böyle bir Birlik kurulmasının esas amacının, Kanun gerekçesinde içeriğin yayından çıkarılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infazında yaşanan sorunların giderilmesi olduğu belirtilmiştir. Zirâ, 6/A maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı” ibâresinin hedefi de budur. Bu konuda uluslararası uygulamaların esas alındığı ifade edilmiş ise de, başka ülkelerde benzeri bir örneğe rastlamak mümkün değildir.

Buna göre, “tanımı” 5651 sayılı Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendinde yapılan, “düzenlemesi” ise 5651 sayılı Kanununun 6/A maddesine bırakılan “Erişim Sağlayıcıları Birliği”nin amacının “5651 sayılı Kanununun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak” olduğu anlaşılmaktadır. Yani, anılan Birliğin asıl amacı, 5651 sayılı Kanununun “Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi” kenar başlıklı 8. maddesinin dışında kalan engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Zirâ, 5651 sayılı Kanununun 6. maddesine 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrası aynen “Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur.” hükmünü âmirdir.

Ancak, kurulan bu yeni Birliğin ihdâsı, özellikle kamuoyunda ve konu ile ilgili sosyal çevrelerde cevap bulunamayan kimi soruları beraberinde getirmiştir. Örneğin, Türkiye’de kaç tane gerçek anlamda erişim sağlayan bulunduğu; bunların piyasadaki hâkimiyet oranlarının ne olduğu; her birine gerekli alt yapıya katılmak zorunluluğu verilmiş olsa dahî bu katkı ve sorumluluk payının nasıl paylaşılacağı; en fazla gelir elde eden hâkim bir erişim sağlayıcı ile çok küçük bir erişim sağlayıcının nasıl olur da yatırımdan, alt yapıdan ve hukukî sorumluluktan eşit olarak yer almasının bekleneceği; söz gelimi bugün mevcut olmayan, ancak -örneğin- üç yıl sonra faaliyete geçecek bir erişim sağlayıcının durumunun ne olacağı; anılan Birliğe üye olmayan bir erişim sağlayıcısının, erişim sağlayıcılığı lisansının verilememesi gibi sektör dışı bırakılma durumu ile karşı karşıya kalınacak bir durumda ne gibi hukukî çözümler bulunacağına dair sorular gerek “tanım” maddesi olan 2. maddenin (n) bendinde, gerek “Erişim Sağlayıcıları Birliği” kenar başlıklı 6/A maddesinde ve gerekse 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanununun 100. maddesiyle eklenen Geçici üçüncü maddesinde cevapsız kalmıştır. Hatta, anılan madde gerekçelerinde dahî bu ve buna benzer soruların yanıtlarına yer verilmemiştir.

2007 yılında yürürlüğe giren 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”un bilgi toplumuna giden yolda ciddî engeller yarattığı; ifade özgürlüğü ve insan hakları gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku’na aykırı uygulamalara sebep olduğu; 6518 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin 5651 sayılı Kanunu daha da kısıtlayıcı bir hâle soktuğu; mevcut haliyle dahî tepki alarak eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine kısıtlayıcı yöntemlere interneti izlemeyi kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri artıracak bu durumun ise demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı kamuoyunda hâlâ tartışılmaktadır. Hâl böyle iken, 6518 sayılı Kanununun 5651 sayılı Kanunda öngördüğü dava konusu değişikliklerin, toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son tahlilde, Türkiye’nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekâbette yerini alma hedefleri ile örtüşmediği âşikârdır.

6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrasında yegâne amacının “erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması” olan beşinci fıkrasında tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımını mecbur kılan ve onuncu fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyetinde bulunamayacağını öngören bir tüzel kişiliğin hukuka uygun ve meşrû bir tüzel kişilik olarak kabul ve telâkkî edilebilmesi mümkün değildir. Zirâ, 6/A maddesinin anılan birinci, beşinci ve onuncu fıkraları ile mezkûr “Birlik” hakkında hükümler içeren 6/A maddesinin diğer hükümleri ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü madde hükümleri bir bütün (kül) hâlinde değerlendirildiğinde, söz konusu Birliğin (Özel Hukuk Tüzel Kişiliğinin), Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın emir ve tâlimatını yerine getirmekten öte bir işlevi olmayacak bir kurum mesâbesine indirgenmekte olduğu görülmektedir. Başka bir deyişle, 6/A maddesinin ikinci fıkrasında bir özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilen Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) ihdâsı ile oluşacak yeni yapı ile TİB Başkanı (ve hatta ilgili Bakan) emriyle bile erişimin engellemesi tedbirinin kolayca uygulanabileceği bir durum yaratılmaktadır. 5651 sayılı Kanunun 9. fıkrası ile yine 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesi kapsamında verilecek olan erişimin engellenmesi kararlarının, yine Birlik (Erişim Sağlayıcıları Birliği) eliyle uygulanmasının da son derece sakıncalı olacağı izahtan vârestedir.

6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrasında beliren hukuka aykırılık, anılan maddenin beşinci ve onuncu fıkralarında da tezâhür etmektedir. Zirâ, anılan maddenin beşinci fıkrasında Birliğin, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluş niteliğinde olduğu belirtilmiş; onuncu fıkrada ise Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcıları faaliyetinde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi (5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle eklenen 6/A maddesinin 100. maddesiyle eklenen Geçici üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü de birlikte değerlendirildiğinde), bu yasal düzenlemelerde tüm internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğe üye olma zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme, sektörde faaliyette bulunmak için yeni bir “koşul” getirilmesi anlamına gelmektedir.

Erişim Sağlayıcıları Birliği'ni hem kurmanın hem de bu Birliğe üye olmanın, servis sağlayıcılar açısından açıkça zorunlu hâle getirilmiş olması, ulusal ve uluslararası hukuk ile teminat altına alınmış olan ve hiç kimsenin iradesi dışında bir örgüte (dernek, sendika, vb) üye olmaya zorlanamayacağını da içeren örgütlenme özgürlüğünün ihlâli anlamına gelecektir. Madde gerekçesinde “İnternet yayınlarına ilişkin tedbir kararlarının uygulanması süreçlerinde, kamusal aktörler yerine sektör temsilcilerinin oluşturduğu sivil inisiyatif etkin kılınmış ve gelişmiş ülke uygulamalarına paralellik sağlanmıştır.” denilmiş olmasına rağmen, üye olmamanın ve Birliğin kuruluşunu gerçekleştirilmemesinin yaptırıma bağlandığı bir durumda “sivil inisiyatif”ten söz edilebilmesi mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğünün, “tersi (negatifi) olan ‘örgütlenmeme özgürlüğünü’ de içerdiğinin kabul edilmesi gerektiği” kanaatindedir (AİHM, 30.6.1993 tarihli, Sigurdur A. Sigurjonsson/İzlanda Kararı, prg.35). AİHM'nin bu Kararı, 6/A maddesindeki düzenleme ile oluşacak duruma paralel olarak, başvuruçunun taksiciler birliğine üye olup, aidat ödemediği takdirde taksicilik lisansının iptal edileceğini öngören iç-hukuk düzenlemesi dolayısıyla meslekî faaliyetine devam edemediği durum ve sonrasında ortaya çıkan olumsuz iç-

hukuk sürecine ilişkin olarak verilmiştir. İdarenin, “söz konusu birliğin üyelerin çıkarını temsil etmekten çok, kamu yararına dayanan bir meslek birliği olduğu” yolundaki savunması ise, AİHM’nin yukarıda belirtilen kanaatini değiştirmemiştir. Görüldüğü üzere, kimsenin herhangi bir örgüte (derneğe, sendikaya vs.) üye olmaya zorlanamayacağı yönündeki ilke, sendikal uyumsuzluklara özgü olarak anlaşılmamaktadır. Negatif örgütlenme özgürlüğünün varlığı, daha sonra, AİHM Büyük Dairesi’nin 11.1.2006 tarihli Sorensen ve Rasmussen, Danimarka Kararı ile de teyit edilmiştir. Ayrıca, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün de sendika üyeliğinin zorunlu hâle getirildiği durumların (87) ve (98) numaralı Sözleşmelere aykırılık teşkil ettiğini belirttiği Kararları mevcuttur (ILO Kararlar Derlemesi, 1985, prg. 248).

Diğer yandan, Birliğin üyeliğinin zorunlu olması, örgütlenme özgürlüğünün yanı sıra, girişim özgürlüğünü de ihlâl etmektedir. Böylece, ilgili alanda girişimde bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin (internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin) önüne yeni bir “piyasaya giriş şartı” getirilmektedir. Girişim özgürlüğünü kısıtlayan ve demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmayan böylesi bir düzenleme, bu yönüyle de Anayasa’nın “Dernek kurma hürriyeti” kenar başlıklı 33. maddesi ile çelişmektedir.

İnternet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğe üye olma zorunluluğu Anayasa’nın “Dernek kurma / derneğe üye olup olmama hürriyeti”ni güvence altına alan 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne açıkça aykırıdır. Zirâ, Anayasa’nın 33. maddesinin ikinci fıkrası “Hiç kimse bir derneğe üye olmaya veya dernekte üye kalmaya zorlanamaz” hükmünü âmirdir. Şüphesiz, anılan Anayasa hükmü, “Hiç kimse” ibâresiyle başladığına göre, bu ibâre kapsamına sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de girmektedir. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarında sözü edilen ve Birliğe üye olunması zorunluluğu getirilen internet servis sağlayıcıları ile 6518 sayılı Kanununun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde sözü edilen erişim hizmeti veren işletmeciler de -kuşkusuz- anılan Anayasa hükmündeki “Hiç kimse” kavramı içerisinde mütâlâa edilmek gerekir. Oysa, 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz beşinci ve onuncu fıkraları, Anayasa’nın 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tamamen aykırı bir biçimde mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) üye olma zorunluluğu getirmektedir. Anılan Birliğin bir özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu ciheti ise 5651 sayılı kanuna 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, internet servis sağlayıcıları Birliğe üye olmadıkları müddetçe faaliyette bulunamayacaklarına (kendilerine erişim sağlayıcılık lisansı verilmeyeceğine) göre, bu durum, Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarını Devlet eliyle sektör-dışı bırakmak suretiyle hem rekabet hukukunu ihlâl edici, hem de böyle bir erişim sağlayıcının müktesep hakkını gasp edici niteliktedir. Hal böyle olunca, internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere “özel hukuk tüzel kişisi” niteliğini haiz bulunan Erişim Sağlayıcıları Birliğine üye olma zorunluluğunun getirilmesi, Anayasa’nın 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü çok açık bir biçimde ihlâl etmektedir; bu itibarla, iptali gerekir.

Öte yandan, anılan düzenleme, Anayasa’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı Üçüncü Bölümünde teminat altına alınan ve “Sendika kurma hakkı”nı öngören 51. maddesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, anılan maddenin birinci fıkrası hükmünde, “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına

sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” denilmektedir. Oysa, 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz beşinci ve onuncu fıkraları, Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tamamen aykırı bir biçimde mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne) üye olma zorunluluğu getirmektedir. Öyle ise, anılan düzenlemeler Anayasa’nın 51. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan, çalışanların ve işverenlerin sendikalar ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma hakkına sahip olduğu ve hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya zorlanamayacağı kuralını açıkça ihlâl etmektedir. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarında sözü edilen ve Birliğe üye olunması zorunluluğu getiren düzenlemeler, Anayasa’nın “Sendika kurma hakkı”nı güvence altına alan 51. maddesine de aykırıdır.

Birliğin kuruculuğunun ve üyeliğinin zorunlu olması, Anayasamızın “örgütlenme (ya da -negatifi olan- örgütlenmeme) özgürlüğünü güvence altına alan hükümlerinin yanısıra, Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” kenar başlıklı 48. maddesini de ihlâl etmektedir. Zirâ, Anayasa’nın 48. maddesinin birinci fıkrasındaki; “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” denilmesine karşılık, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarında öngörülen düzenlemeyle, ilgili alanda girişimde bulunmak isteyen gerçek ve/veya tüzel kişilerin önüne piyasaya yeni bir giriş şartı getirilmektedir. Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne üye olunması zorunluluğu getiren ve bunun doğal bir sonucu olarak “Girişim özgürlüğü”nü kısıtlayan ve demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmayan böylesi bir düzenlemenin bu yönüyle de Anayasa’nın 48. maddesinde teminat altına alınan “Çalışma ve sözleşme hürriyeti”ni sınırlandırdığı ortadadır. Dolayısı ile, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarında öngörülen düzenleme, bu yönüyle de Anayasa’nın 48. maddesi hükmüne aykırıdır; iptali gerekir.

Ayrıca, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin altıncı fıkrasında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceği; Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanacağı öngörülmüştür. İşletmelerin, iradeleri dışında dâhil oldukları ve kamusal nitelikte bir yükümlülüğü yerine getirecek olan Birliğin ve engelleme tedbirlerinin bütün külfet ve giderlerinden sorumlu tutulmaları, hakka ve hakkâniyete aykırı olup, Anayasa’nın “Hukuk devleti” ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmü ile bağdaşmamakta ve “Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlıklı 5. maddesi hükümleri nazara alındığında, adaletsiz bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle, bu düzenleme, her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olmak mecbûriyetinde olan bir hukuk devletinde kabûle şâyan olmayan bir düzenlemedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununa getirilen 6/A maddesinin altıncı fıkrasında yapılan düzenleme “hukuk devleti” ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa’nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Kamusal yükümlülüğün erişim sağlayıcılara devredilmesine ek olarak, erişim engelleme tedbirlerinin yüksek mâliyetli alt yapılar gerektiriyor olması karşısında, bu tedbirlerin ancak, piyasada hâkim durumda olan veya etkin piyasa gücüne sahip internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren işletmeciler tarafından yerine getirilebilmesi, piyasaya yeni giren ve daha küçük çapta faaliyet gösteren işletmecilerin, elektronik haberleşme hizmeti sunamamaları ile sonuçlanacaktır. Bu da, “... kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik

ve sosyal engelleri kaldırmayı Devletin temel amaç ve görevleri arasında olduğu”nu belirten Anayasa’nın 5. maddesi hükmüne aykırılık anlamına gelmektedir.

Diğer yandan, 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin altıncı fıkrası, Anayasa’nın “Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” kenar başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrası hükmüne de aykırıdır. Çünkü, anılan Anayasa hükmünde, “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” denilmektedir. Oysa, öngörülen düzenleme ile -az yukarıda değinildiği gibi- kamusal yükümlülüğün erişim sağlayıcılara devredilmesine ek olarak, erişim engelleme tedbirlerinin yüksek maliyetli alt yapılar gerektiriyor olması ve piyasaya yeni giren ve daha küçük çapta faaliyet gösteren işletmecilerin elektronik haberleşme hizmeti sunamamaları ihtimâli karşısında, bu tedbirlerin ancak piyasada hâkim durumda olan veya etkin piyasa gücünü elinde bulunduran internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren işletmeciler tarafından yerine getirilebilmesi, tekelleşme ve kartelleşmenin önünün açılmasına sebebiyet verebilecektir. Böylesi bir durum ise, “Devlet’e piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme” yükümlülüğü getiren Anayasa’nın 167. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, 6518 sayılı Kanununun 5651 sayılı Kanuna getirdiği 6/A maddesinin yedinci fıkrasında 5651 sayılı Kanununun 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderileceği; bu kapsamda yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, erişimin engellenmesi kararlarının gereği için yapılan tebligatın gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürüten tüm internet erişim (servis) sağlayıcılarına yapılmış sayılacağını öngören bu kural, ülkemizin tebligat mevzuatına tamamen aykırı olduğu gibi, uluslararası anlaşmalarla korunan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedeler mâhiyettedir. Erişimin engellenmesi kararlarının gereği için yapılan tebligatın tüm internet servis sağlayıcılarına yapılmış sayılması durumunda Birliğe yapılan tebligatın muhatabı olan erişim sağlayıcıya gidip gitmediği, muhatabına ulaşip ulaşmadığı, ulaştı ise içeriğine ne zaman vâkıf olunduğu; tebligatın tebellüğ yetkisine sahip olanlarca alınıp alınmadığı muallâkta kalacaktır. Bu sakıncaların yanında, bu düzenleme, yurt-dışında faaliyet gösteren servis sağlayıcılarının tâbî olduğu kamu hukukunu ihlâl edebilir. Başka bir deyişle, bu durum, gerek 7201 sayılı Tebligat Kanununda, gerekse uluslararası antlaşmalarla korunmaya çalışılan hukukî menfaatleri ve tebligat güvenliğini ihlâl eder mâhiyettedir. Geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin tüm erişim sağlayıcılar için geçerli olmak üzere Birliğe yapılan bir tebligat ile sağlanması, hukukî güvenliği derinden sarsmaktadır.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 6518 sayılı Kanununun 86. maddesiyle getirilen ve gerek yurtiçinde ve gerekse yurtdışında faaliyet yürütenlere internet sayfalarında bulunan e-mail adreslerinden geçerli tebligat yapılabilmesine ilişkin bu düzenleme, her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olmak mecbûriyetinde olan bir hukuk devletinde kabûl edilemez bir düzenlemedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununa getirilen 6/A maddesinin yedinci fıkrasında yapılan düzenleme “hukuk devleti” ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa’nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe yapılan tebligatın 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurtiçinden veya yurtdışından yürütenlere yapılmış sayılacağına ilişkin bu düzenleme, birçok hukukî sürecin ilgili tarafın tebligat içeriğinin farkında dahî olmadan önce başlayabileceği anlamına gelmektedir. Bu durum, idarî işlemlerin muhataplarının Anayasa'nın 36. maddesi hükmü anlamında "hak arama hürriyetlerini" ciddi bir şekilde tehdit edebilir. Birçok durumda, idarî eylem ve işlemlerin muhatabı olan kişiler, dava, itiraz vs. sürelerini kaçırarak, hak arama özgürlüğünden mahrum kalacaklardır. Gerçek ve tüzel kişilerin haklarını doğrudan etkileme kapasitesine sahip olan tedbir / yaptırım kararlarının, başka bir özel hukuk tüzel kişisine tebliğ edilmesinin geçerli addedilmesi, Anayasa'nın 36. maddesinde teminat altına alınan savunma hakkının etkin kullanımını da engellemektedir. Bu da, 5651 sayılı Kanun kapsamında internet servis sağlayıcılık faaliyeti yapanlara Birlik vasıtasıyla yapılacak bildirim muhatabına ulaşmaması halinde bu muhatapların meşrû vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma hakları ile âdil yargılanma hakkının elinden alınması ve dolayısı ile Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "Hak arama hürriyeti"nden mahrum bırakılmaları anlamına gelecektir. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile getirilen 6/A maddesinin yedinci fıkrasındaki düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A maddesi ile getirilen düzenlemede, 5651 sayılı Kanun kapsamında internet servis sağlayıcılık faaliyeti yapanlara Birlik vasıtasıyla yapılacak bildirim muhatabına ulaşmaması halinde bu muhatapların meşrû vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma hakları ile âdil yargılanma hakkının elinden alınması ve birçok hukukî sürecin ilgili tarafın tebligat içeriğinin farkında dahî olmadan önce başlayabileceği gözönüne alındığında maddede herhangi bir itiraz hakkı tanınmamış olmakla, Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, Basın hürriyeti ve hak arama hürriyeti) ihlâl edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişilere (internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere) yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine maddede benzer durumlarda ilgili gerçek veya tüzel kişilere (internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere) hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmemesi hasebiyle, dava konusu anılan 6/A maddesinin yedinci fıkrasında öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, "Erişim Sağlayıcıları Birliği" ile ilgili olarak 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanuna getirdiği 6/A maddesinin dava konusu yaptığımız fıkraları, öngördüğü hukuk-dışı düzenlemeler ile "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesi

hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Şüphesiz, 6518 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 6. maddesine eklenen 6/A maddesinin yukarıda sözünü ettiğimiz birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı, aynı maddenin dava konusu yaptığımız diğer fıkralarına (ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarına) da sirâyet etmekte ve anılan bu fıkraların da -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunla getirilen 6/A maddesinin dokuzuncu fıkrasında öngörülen düzenleme ile erişim sağlayıcılara ciddi yükümlülükler getirilmesi, ifade özgürlüğünü ihlâl edebilecek dolaylı uygulamaları da gündeme getirebilecek mâhiyettedir. Söz gelimi, erişim sağlayıcıların içerikle ilgili sorumluluklarının arttırılması, bu tür sorunlarla karşılaşmak istemeyen erişim sağlayıcıların belirli içerikleri “yayımlamama”, bazı kişi ve kurumlara “erişim hizmeti sunmama” gibi eğilimlerin oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Bu durumun, toplumun belli kesimlerinin haberleşme özgürlüğünü olumsuz yönde etkilemesi kaçınılmazdır. 6518 sayılı Kanunun henüz teklif aşamasında iken Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündemine alınma zamanlaması da, bu yöndeki eğilim ve kuşkuları arttırmaktadır.

Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (6) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesinin birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkraları hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin diğer fıkra hükümleri için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6518 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra eklenen 6/A. maddesinin birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkraları ile aynı maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları arasında -âdetâ- “organik” bir bağ mevcuttur; 6518 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 6. maddesine getirilen 6/A maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları olmaksızın aynı maddenin birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdürebilir; ancak, birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkra hükümlerinin varlığı söz konusu olmaksızın, 6/A maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkraları hükümleri hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları için de aynen geçerli olacaktır.

Tüm bu nedenlerle, 6518 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra eklenen 6/A maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın “Hukuk devleti” ilkesine vurgu yapan 2. maddesine; beşinci fıkrasının Anayasa'nın “Hukuk devleti” ilkesine vurgu yapan 2. maddesine; “Dernek kurma hürriyeti”ni güvence altına alan 33. maddesine; “Çalışma ve sözleşme hürriyeti”ni düzenleyen 48. maddeli ile “Sendika kurma hakkı”ni öngören 51. maddesine; altıncı fıkrasının Anayasa'nın “Hukuk devleti” ilkesini benimseyen 2. maddesine, “Devletin temel amaç ve görevleri”ni düzenleyen 5. maddesine; “Piyasaların denetimi” hakkında hükümler ihtivâ eden 167. maddesine; yedinci fıkrasının Anayasa'nın “Hukuk devleti” ilkesine vurgu yapan 2. maddesine; “Hak arama hürriyeti”ni düzenleyen 36. maddesine ve “Temel hak ve hürriyetlerin korunması”na ilişkin 40. maddesine; onuncu fıkrasının ise Anayasa'nın “Hukuk devleti” ilkesine vurgu yapan 2. maddesine ve “Dernek kurma hürriyeti”ni güvence altına alan 33. maddesine; “Çalışma ve sözleşme hürriyeti”ni düzenleyen 48. maddeli ile “Sendika kurma hakkı”ni öngören 51. maddesine aykırı olduklarından iptalleri gerekmektedir.

Diğer yandan, -yüksek malûmları olduğu üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun “Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama” başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmidir:

“Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”

Dava konusu yapılan 6518 sayılı Kanun hükümlerinden, dava dilekçemizin iş bu bölümünde Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri tasrih olunan 90. maddenin iptalini talep ettiğimiz hükümleri hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine getirilen 6/A maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları hükümlerinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, beşinci, altıncı, yedinci ve onuncu fıkralarının iptal başvurmuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan aynı maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarının da iptaline karar verilmesi sonucunu tevhit edecektir.

11-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 91. maddesinin tamamı olan:

“MADDE 91- 5651 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.”

“(4) Bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.”

Söz gruplarının Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklik ve maddeye yeni eklenen dördüncü fıkra ile, ticari

amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcıların, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları; ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usûl ve esasları yine yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları; kezâ anılan maddede belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlâlin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticarî faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahallî mülkî âmirin yetkili olacağı öngörülmektedir.

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

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilkeye göre, 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 gerekir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukukî güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen istisnai haller dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2010/69 Esas, 2011/116 Karar sayılı ve 07.07.2011 tarihli içtihadı).

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi başka bir Kararında, "... çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır." İçtihadında bulunmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 2013/72 Esas, 2013/126 Karar sayılı ve 31.10.2013 tarihli İçtihadı).

O halde, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmalar kanunla öngörülmesi ve sınırlamalar kanuna uygun olmalıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü'nün, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerce verilen kararlara istinaden koruma tedbiri uygulanarak twitter.com adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda verdiği 2.4.2014 tarihli Kararında, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.” demek suretiyle, Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan “temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabilmesi” ilkesine açıkça vurgu yapmıştır.

Oysa, 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun 7. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan değişiklik ve maddeye yeni eklenen dördüncü fıkra ile, ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcıların, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları; ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usûl ve esasları yine yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları; kezâ anılan maddede belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlâlin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticarî faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahallî mülkî âmirin yetkili olmasına ilişkin bütün bu düzenlemeler, belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmek suretiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. Böyle bir düzenleme ise hukukî güvenlik sağlayamayacağı için, öncelikle Anayasa'nın “hukuk devleti” ilkesini benimseyen “Cumhuriyetin nitelikleri” kenar başlıklı 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, dava konusu düzenleme ile, internet toplu kullanım sağlayıcılarına anılan maddede getirilen yükümlülükleri ve öngörülen müeyyideleri belirleme yetkisinin genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılması, “yasama yetkisinin devri” niteliğinde olup, Kural bu yönü ile Anayasa'nın 7. maddesine de aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılarına, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında almakla yükümlü oldukları tedbirlerin nelerden ibaret olduğunun yönetmeliğe bırakılması; ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında almakla yükümlü oldukları tedbirlerin hangi usûl ve esasları ihtivâ edeceği ve bu tedbirlerin nelerden ibaret olduğunun yine yönetmeliğe bırakılması; kezâ bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlâlin ağırlığına göre verilecek ceza ve uygulanacak cezaî müeyyidenin yönetmelikle belirlenecek olması -yukarıda açıklanan nedenlerle- Anayasa'nın 13. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

6518 sayılı Kanunun 91. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasında yer alan “... uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden

birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.” ibâresinin Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesine gelince;

Bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanunun 7. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlâlin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahallî mülkî âmir yetkili kılınmaktadır. Görüldüğü gibi, maddede tanımlanan para cezasına konu eylemin fâili “5651 sayılı 7. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ihlâl eden ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcıları”, eylem ise “5651 sayılı 7. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ihlâl etmek” olarak tanımlanmıştır. Bu eyleme bağlanan müeyyide (yaptırım) ise öncelikle “uyarma”, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma cezasıdır. Kezâ, düzenlemeye göre, anılan Kuralın ihlâli halinde cezaya hükmedecek olan kişi veye mercî ise bir yargı organı değil, idarenin bir birimi olan mahallî mülkî âmirdir.

Oysa, idarî nitelikte bile olsa, para cezasını öngören bir müeyyidenin (yaptırımın) idare birimleri (yürütme) tarafından değil de, mahkemeler (yargı) tarafından verilmesi gerekmektedir. Zirâ, maddede öngörülen para cezasının alt ve üst haddi arasında “onbeş katı” gibi fâhiş bir fark vardır ve hangi sınırdan verilmesinin takdîri çok hassas ve ayrıntılı bir muhâkeme faaliyetini (yargılamayı) gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar onbeş kat aralığında değişen bir para cezasının verilebilmesi yetkisi, idareye değil, mahkemelere ait olmalıdır.

Ayrıca, mahallî mülkî âmir tarafından ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına bir Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilmesi, “suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma” prensibine de aykırıdır. Ülkemizde, ceza mahkemeleri dahî cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sırasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 61. maddesinde hükme bağlanan suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suç konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığını, failin kast ve taksirine dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belerlerken ve bunun da gerekçesini kararında göstermesi gerekirken, “mahallî mülkî âmir” gibi yürütme organına (idareye) bağlı bir görevliye hem fâhiş, hem de keyfî olabilecek nitelikte ve üstelik, arada on beş kat fark olan bir cezaya hükmetme yetkisi verilmesi, ceza hukukunun temel prensiplerine açıkça aykırıdır.

Zirâ, Anayasamızın 38. maddesinin “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” kenar başlıklı 38. maddesinin üçüncü fıkrasında “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilmektedir. Kanunla konulması gereken bir cezanın ise Mahkemelerce verilmesi gerekir. Bu bakımdan, bağımsız mahkemelere tanınan muhâkeme yapabilme ve ceza verebilme yetkisinin, dava konusu Kuralda olduğu gibi idareye (mahallî mülkî âmire) bırakılması -deyim yerinde ise- “yargı yetkisinin yürütmeye devri”, anlamına gelmekte olup, bu da -kanaatimizce- Anayasa’nın 38. maddesine tamamen aykırılık teşkil etmektedir. Bu itibarla, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunun 91. maddesi ile 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasının da (anılan maddenin 6518 sayılı Kanunun 91. maddesiyle eklenen ikinci ve üçüncü fıkraları gibi) iptali gerekmektedir.

12-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 93. maddesinin,

a-) Beşinci fıkrasının tamamı olan:

“Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.”,

b-) Sekizinci fıkranın tamamı olan:

“Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.”

c-) Dokuzuncu fıkranın tamamı olan:

“Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.”

Söz gruplarının Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, Hâkimin 5651 sayılı Kanununun 6518 sayılı Kanununun 93. maddesi ile değiştirilen 9. maddesi kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararlarının doğrudan Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliği) gönderileceği; Birlik (Erişim Sağlayıcıları Birliği) tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereğinin derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirileceği; yine bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlâline ilişkin yayının veya aynı mâhiyetdeki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut kararın bu adresler için de uygulanacağı hükme bağlanmaktadır.

Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (6) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, 6518 sayılı Kanununun 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 9. maddesine getirilen beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralar için de aynen geçerlidir. Yüksek Mahkemenizin gereksiz yere zamanını almamak ve gereksiz tekrarlara yol açmamak adına, iş bu bapta, dava dilekçemizin (6) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanununun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra eklenen 6/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa’ya aykırılık gerekçelerini, 6518 sayılı Kanununun 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 9. maddesine getirilen beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralar için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle yetiniyoruz. Zirâ, 6518 sayılı Kanununun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 9. maddesine getirilen beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralar ile 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen ve “Erişim Sağlayıcıları Birliği”ni ihdâs edip düzenleyen 6/A maddesi arasında -âdetâ- “organik” bir bağ mevcuttur; 6518 sayılı Kanununun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 93. maddesine getirilen ve “Erişim Sağlayıcıları Birliği”ne atıf yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları olmaksızın 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile 5651 sayılı

Kanuna getirilen ve “Erişim Sağlayıcıları Birliği”ni ihdâs eden ve düzenleyen 6/A. maddesi başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, söz konusu 6/A maddesinin varlığı söz konusu olmaksızın, 6518 sayılı Kanununun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 9. maddesine getirilen ve “Erişim Sağlayıcıları Birliği”ne atıf yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdüremez. Öyle ise, 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A. maddesinin iptalini talep ettiğimiz hükümleri hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, aynı Kanununun 6518 sayılı Kanununun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 9. maddesine getirilen ve “Erişim Sağlayıcıları Birliği”ne atıf yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları için de aynen geçerli olacaktır.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun “Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama” başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmidir:

“Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”

Dava konusu yapılan 6518 sayılı Kanun hükümlerinden, dava dilekçemizin iş bu bölümünde Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri tasrih olunan 90. maddenin iptalini talep ettiğimiz hükümleri hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanununun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 9. maddesine getirilen ve “Erişim Sağlayıcıları Birliği”ne atıf yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları hükmünün uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanununun 90. maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkralarının iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kabiliyeti kalmayan 6518 sayılı Kanununun 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanununun 9. maddesine getirilen ve “Birliğe” (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) atıf (yollama) yapan beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

13-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 94. maddesinin tamamı olan:

“MADDE 94- 5651 sayılı Kanununun 9 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 9/A maddesi eklenmiştir.

“Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

MADDE 9/A- (1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.

(2) Yapılan bu istekte; hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmaz.

(3) Başkanlık, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.

(4) Erişimin engellenmesi, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.

(5) Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

(6) Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır.

(9) Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.”

Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi (Yukarıda belirttiğimiz gibi, anılan maddeye 6527 sayılı Kanununun 18. maddesi ile eklenen dokuzuncu fıkrası ile ilgili olarak işbu dava dilekçemizde herhangi bir iptal talebine ve gerekçeye yer verilmemiş; bu fıkra ile ilişkin iptal talebimiz ile bu talebimize esas teşkil edecek gerekçe yazımı, 6527 sayılı Kanuna karşı Yüksek Mahkemenizde bilâhare ve süresinde yapacağımız iptal başvurusu sırasında belirtmek üzere, tarafımızdan şimdilik saklı tutulmuştur):

Görüldüğü üzere, 6518 sayılı Kanununun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi ile “Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi” müessesesi düzenlenmektedir. 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunla eklenen 9/A maddesi, özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle mağdur olduğunu ileri süren kişinin doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB'e), erişimin engellenmesi talebiyle başvurabileceği, TİB'in de başvuruda şekil yönünden eksiklik bulunmayan hâllerde, otomatik olarak erişim engelleme kararı vereceği ve bu kararı dört saat içinde yerine getirilmek üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne göndereceği bir usûlü öngörmektedir. Bu tedbirin devamlılığı, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkimine başvuru ve sulh ceza hâkiminin onayı şartına bağlanmıştır.

5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanun ile getirilen 9/A maddesinin iptalini istediğimiz ve ayrı ayrı ele alıp değerlendirdiğimiz her bir fıkrası hakkındaki iptal gerekçelerimize geçmeden önce, Kanunun 9/A maddesi getirilen bu düzenlemeyi ana hatlarıyla genel olarak değerlendirmek istiyoruz:

Hemen belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hâlinde, “erişimin engellenmesi” tedbiri, tek bir maddede (5651 sayılı Kanun, madde:8) belirtilen suçlar için öngörülmüşken, değişiklikler ile birlikte, “kişilik haklarının ihlâli” ile “özel yaşamın gizliliğinin ihlâli” halleri için de bu tedbirin uygulanması söz konusu olmuştur.

5651 Sayılı Kanun’un 8’inci maddesinde öngörülen prosedür, katalog suçlar olarak tâbir edilen; intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ile Atatürk’e karşı işlenen suçlar ile ilgili suç şüphesi bulunan hallerde erişimi engelleme kararı alınmasına ilişkindir. Burada sayılan suçların her biri, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5816 sayılı Kanun’da tanımlanmış ve ağır yaptırımlara bağlanmış suçlar olup, anılan 8. madde metnine göre, suç şüphesi halinde erişim engelleme kararı, kovuşturma evresinde mahkeme, soruşturma evresinde hâkim, yine soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilmektedir. Bu son durumda ise, Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur ve hâkim tarafından onay verilmediği takdirde erişim engelleme tedbiri derhâl kaldırılır.

5651 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanunla öngörülen değişikliklerle birlikte; “İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi” kenar başlıklı 9. madde ile kişilik haklarının ihlâli halinde erişim engelleme ve içeriğin yayından çıkarılması prosedürü öngörülmüşken, “Özel Hayatın Gizliliği Nedeniyle İçeriğe Erişimin Engellenmesi” başlıklı 9/A maddesi ile de, erişim engellemelerde doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nu (TİB) ve TİB Başkanı’nu yetkili kılan bir süreç getirilmiştir.

Aynı maddenin ilk düzenlemesi ile (5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin sekizinci fıkrasında 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile yapılan değişiklikten önce), gecikmesinde sakınca bulunan haller için “... doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir” şeklinde bir düzenleme getirilmiş idi. Görüldüğü üzere, erişim engelleme tedbirinin devamlılığı için sulh ceza hâkiminin onayını alma zorunluluğu, tedbirin TİB başkanının emri üzerine alındığı durumlara özgü olmak üzere kaldırılmış bulunuyordu. Her ne kadar, “Bu karara karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilebilir” ibâresi, 6527 sayılı Kanunun 18. maddesi ile, “Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.” biçiminde değiştirilmişse de, değiştirilen ifadede, hâkimin onayına sunulmaması halinde engelleme kararının doğrudan kalkmış sayılacağına ilişkin bir ifade olmaması, yine bir eksiklik ve -kanaatimizce- maddenin öngördüğü düzenlemeyi bir bütün olarak sakatlamaktadır.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) uygulamaları üzerindeki yargısal denetimin hafifletilmiş olması noktasında ulusal ve uluslararası hukuk ile çelişilmektedir. Hatırlatmak gerekir ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım, Türkiye kararında (Başvuru No. 3111/10), "Yasaklamanın kapsamını düzenleyen katı bir hukuki çerçeve ve olası kötüye kullanımları önleyecek bir yargısal denetim güvencesi oluşturulmaksızın internet erişiminin kısıtlanmasının ifade özgürlüğünün ihlali oluşturacağı" belirtilmiştir. AİHM, aynı davada söz konusu edilen TİB'in erişim engelleme uygulamasının keyfi olduğu ve yargısal denetimin de ifade özgürlüğünün ihlali engellemekte yetersiz kaldığı sonucuna varmıştır.

Nihâyet, 5651 Kanuna 6518 sayılı Kanununun 94. maddesi ile eklenen 9/A maddesinin ortaya çıkardığı bir diğer problem de "özel hayatın gizliliğini ihlâl" kavramına ilişkindir. Anılan maddede, diğer düzenlemelerin aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa herhangi bir atıf yapılmamış olması ve kişilik hakkının içinde yer alan özel hayatın gizliliğinin ihlali olgusunun ayrı bir maddede düzenlenmesi, subjektif bir kavram olan özel hayatın gizliliğinin hangi tanımının esas alınacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Unutulmamalıdır ki, yeni düzenlemeye göre, "özel hayatın gizliliğinin" ihlâline ilişkin bir mağduriyet iddiası, herhangi bir merciin değerlendirmesine yer bırakmadan, süreci re'sen başlatacaktır. Bu nedenle, düzenlemedeki muğlaklık, kabûl edilebilir nitelikte değildir.

5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunla eklenen 9/A maddesi hakkında buraya kadar yapmış olduğumuz genel değerlendirmeden sonra, anılan maddenin iptalini istediğimiz her bir fıkrasında öngörülen düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle ayrı ayrı iptal gerekçelerine gelince:

Maddenin birinci fıkrasında internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Başkanlığa (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı / TİB) doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceği hükme bağlanmaktadır. Böylece, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden kişiler doğrudan TİB'e başvurarak Başkanlıktan içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceklerdir.

Kişilerin doğrudan TİB'e yapabilecekleri bu talebe karşı TİB'in ne yapacağı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiş ve buna göre Başkanlığın, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliği) bildireceği, erişim sağlayıcılarının da bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getireceği öngörülmüştür.

Bu aşamadan sonra düzenlemenin nasıl işleyeceği hususu ise maddenin beşinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre, erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâl edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar denilmiştir.

Şu hâlde, özel hayatının gizliliğinin ihlâl edildiğini iddia eden bir kişi, erişimin engellenmesi tedbiri uygulanması için önce doğrudan Başkanlığa müracaat edecek, daha sonra

ise Başkanlığa yaptığı bu talebini yirmi dört saat içerisinde sulh ceza mahkemesinin onayına sunacaktır. Sulh ceza hâkimi ise bu talebe karşı iki türlü karar verebilecektir; ya kişinin talebini uygun görüp, daha önce Başkanlık tarafından ilgili içeriğe konulan erişimin engellenmesi tedbirini onaylayacak ve kararını doğrudan Başkanlığa gönderecek ya da talebi uygun görmeyip reddedecek ve böylece daha önce Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesine yönelik tedbir kararı kendiliğinden kalkmış olacaktır.

6518 sayılı Kanununun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinde, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı -içerik sahibi de dâhil- hiç kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiştir. Dolayısı ile bu düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan "Hak arama hürriyeti"nin açık bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir.

Dahası, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında ise, Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir denilmekle, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına (onay verilmemesine) ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yolu gösterilmiş, ancak itirazda bulunma hakkı sadece Başkanlığa tanınmıştır. Oysa, özel hayatının ihlâl edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararı, asıl özel hayatının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkı tanınmamıştır. Hukuk yaratma ve kanun yapma tekniği adına tam bir garâbet olan bu düzenleme, hiç kuşkusuz, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan "Hak arama hürriyeti"ni açık bir biçimde ihlâl etmektedir.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 6518 sayılı Kanununun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesi ile getirilen düzenlemede, Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla ve özel hayatının ihlâl edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararı, esâsen, özel hayatının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkı tanınmamakla Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, Basın hürriyeti ve hak arama hürriyeti) ihlâl edildiğini iddia eden ve ilgisinin aleyhine olması halinde, gerek Başkanlık ve gerekse kişilere yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine maddede Başkanlığın işlem ve kararlarına veya sulh ceza hâkiminin kararlarına karşı ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin belirtilmemesi hasebiyle, dava konusu anılan 9/A madde, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişim engellenmesi

Başkanlık tarafından yapılır” biçimindeki düzenleme ise tam bir “sansür” hükmüdür ve Telekomünikasyon İletişim Başkanına doğrudan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanınmaktadır. Bu yeni düzenlemeye göre, özel hayatın gizliliği veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde TİB Başkanı erişimi doğrudan olarak engelleyebilecektir. Dahası, herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet ya da başvuru olmaksızın, herhangi bir kişinin talebi dahî bulunmaksızın TİB Başkanı, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmüne dayanarak, kendi kendine (ex officio) erişimin engellemesine ilişkin tedbir kararına re’sen hükmedebilecektir. Söz gelimi, bir bakan hakkında herhangi bir içerikte aleyhe bir haberin yer alması durumunda, herhangi bir ihbar ya da iddia olmaksızın, yürütme organı ile iyi geçinmek durumunda olan TİB Başkanı 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin sekizinci fıkrasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak hemen ve re’sen ilgili siteyi kapatabilecektir. Böylesi bir düzenlemenin, daha önce Türk hukukunda eşi ve benzeri görülmemiştir. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde âdil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan ve her türlü iş, işlem ve eylemi hukuka uygun olan devlettir. Oysa, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle eklenen 9/A maddesinin sekizinci fıkrasıyla getirilen ve herhangi bir talep, ihbar ya da başvuru dahî olmaksızın doğrudan TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmasına olanak sağlayan yeni düzenleme -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- “hukuk devleti” ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle Anayasa’nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, Kanunun 9/A maddesinin sekizinci fıkrası ile TİB Başkanına böylesi bir yetki verilmesi, daha açık bir söyleyişle, özel hayatın gizliliğinin ihlâli olasılığına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunduğu hâllerin varlığı mazeret ve gerekçe gösterilerek TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınması, Anayasa’nın 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan “İfade hürriyeti”nin; 22. maddesinde yer alan “Haberleşme hürriyeti”nin ve yine Anayasa’nın 28. maddesinde düzenlenen “Basın hürriyeti”nin çok açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından twitter.com adresine erişimin engellenmesine ilişkin olarak yapılan başvurular sonucunda verdiği 2.4.2014 tarihli çok yeni bir Kararında, “Somut olayda, erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulandığı görülmektedir. 5651 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB’in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu 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 oluşturduğu açıktır.” demek suretiyle ifade özgürlüğünün önem ve değerine işâret etmiştir.

Zirâ, çağımızda “haberleşme”nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu cümleden olarak, basın da haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşımına sunmaktadır. Dahası, böylece, Anayasamızda “Temel hak ve hürriyetler” arasında sayılan “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (ifade özgürlüğü)” ile Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir. Zirâ,

anılan Anayasa kuralında Temel hak ve hürriyetlerin ... ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Oysa, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan “İfade hürriyetine” doğrudan müdahale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Bu, apaçık, ifade özgürlüğü gibi temel bir hakkın ve hürriyetin kanun-dışı bir yolla sınırlanması anlamına gelmektedir.

Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesi, yirmidört saat içinde hâkim onay vermediği sürece kalkacak bir erişim engelleme tedbiri için Cumhuriyet savcısını yetkili görürken, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası TİB Başkanı’nın emri üzerine verilmiş erişim engelleme kararlarının doğrudan idare tarafından verileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 9/A maddesi, “özel hayatın gizliliğinin ihlâli” durumu için öngörülmüş süreçten daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda, hukuk düzeni tarafından daha ciddi yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hallerde (katalog suçlarda) 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha özgürlükçü bir usûl öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş özel hayatın gizliliğinin ihlâli halinde öngörülen düzenlemenin kısıtlamaya yönelik hızlandırılmış bir süreç olması, ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan söz konusu düzenleme, 1982 Anayasası’nın hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini teminat altına alan 13. maddesi hükmüne açıkça aykırıdır ve bu nedenle iptali gerekir.

5651 sayılı Kanun gerekçesinde ve ilgili tartışmalarda sıkça atıf yapılan “çocukların korunması” amacı ışığında, korunan menfaatler arasındaki dengesizliğe bir örnek göstermek gerekirse; “çocukların cinsel istismarı” suçu için 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen cezâi müeyyide, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası iken, “özel hayatın gizliliğini ihlâl” suçu için Türk Ceza Kanununun 134. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen cezâi müeyyidenin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olduğunu söylemek yeterli olacaktır. 6518 sayılı Kanun ile çocuklara cinsel istismar suçunu da içeren katalog suçlar için öngörülen prosedürde ciddi değişiklikler yapılmadığı düşünüldüğünde, söz konusu örnek, bu Kanun’un gerekçesi ile kendisi arasındaki uyumsuzluğa da işaret etmektedir.

5651 sayılı Kanunun 9/A maddesi ile doğrudan TİB Başkanına erişime engelleme emri verebilme yetkisi vermesi nedeniyle ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin en çok ihlâlê mâruz kaldığı fıkranın sekizinci fıkra olduğu gözükse de, söz konusu temel hak ve hürriyetlere vâki ihlâllerin aynı maddenin TİB Başkanlığına kişilerin müracaatı üzerine içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanması kararı verme yetkisi tanıyan 9/A maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralar için de geçerli olduğu açıktır. Zirâ, 9/A maddesinin söz konusu birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında da açık bir biçimde (bu kez, gecikmesinde sakınca bulunmayan hâller söz konusu olduğunda) yine kişilerin Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişim engellenmesi tedbirine karar verme yetkisi tanınmaktadır. Dolayısı ile, az yukarıda 9/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz Anayasa’ya aykırılık sebebiyle iptal gerekçeleri, anılan maddenin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları için de aynen geçerlidir. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile getirilen 9/A maddesinin (özellikle birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları olmak üzere)

tamamı Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine açıkça aykırıdır; iptalleri gerekir.

6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları hükümlerine ilişkin iptal gerekçelerimize gelince;

Kuşkusuz, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine eklenen 9/A maddesinin yukarıda sözünü ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı, aynı maddenin dava konusu yaptığımız diğer fıkralarına (ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarına) da sirâyet etmekte ve anılan bu fıkraların da -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (9) numaralı madde başlığı altında, 6515 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra eklenen 9/A. maddesinin bütün fıkraları arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları olmaksızın aynı maddenin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdürebilir; ancak, birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının varlığı söz konusu olmaksızın, 9/A maddesinin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları başlıbaşına varlıklarını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesi hakkında serdettiğimiz Anayasa'ya aykırılık nedeniyle bütün iptal gerekçeleri anılan maddenin tamamına şâmil olmakla, iptalini talep ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkra hükümleri hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları için de aynen geçerlidir.

Diğer yandan, dava dilekçemizin yeri geldiğinde muhtelif bölümlerinde de açıklamaya çalıştığımız gibi, -yüksek malûmları olduğu üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 6518 sayılı Kanun hükümlerinden, dava dilekçemizin iş bu bölümünde Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri açıklanan 94. madde hükümleri hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesinin ikinci, beşinci ve yedinci fıkraları hükümlerinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 9/A maddesinin

iptalini talep ettiğimiz birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının iptal başvurusuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerekecektir.

14-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun ek 1. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan:

“... hâkim ve savcılar ise kendilerinin ...”

Sözcük grubunun Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunun ek 1 maddeye eklenen beşinci fıkrası ile, hâkim ve savcıların Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) “emrinde” görevlendirilebilmesi öngörülmektedir. Bu düzenlemeye göre, “8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar kurumlarının, hâkim ve savcılar ise kendilerinin muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebilir.”

Yargı organının unsurları ve şüphesiz en etkin figürleri olan hâkim ve savcıların, bir idarenin “emrinde” görevlendirilmesi, Anayasa’ya açıkça aykırıdır. Mevzuata göre yalnızca Adalet Bakanlığı bünyesinde, adli hizmete ilişkin görevlendirilmeleri söz konusu olan hâkim ve savcıların, 2802 sayılı Kanunun 48. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü de nazara alındığında, TİB veya başka bir idare “emrinde” görevlendirilebilmeleri mümkün değildir. Dava konusu düzenlemede geçen “emrinde” ibâresi dahi, başlıbaşına, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşamaz niteliktedir.

Zirâ, Anayasamızın “Mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesine yer veren 138. maddesinin birinci fıkrasında “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.” ifadesine yer verildikten sonra ikinci fıkrasında, “Hiç bir organın, makamın, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği; genelge gönderemeyeceği; tavsiye ve telkinde bulunamayacağı” açık ve kesin bir dille ifade edilmiştir. Oysa, iptalini talep ettiğimiz ek 1. maddenin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde “... hâkim ve savcıların ... geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ‘emrinde’ görevlendirilebileceği” öngörülmektedir. Bu hüküm, Anayasa’nın 138. maddesinin yukarıda değinilen buyurucu hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmesinin yanında, yine Anayasa’nın “Hâkimlik ve savcılık mesleği” kenar başlıklı 140. maddesi hükmünü de ihlâl etmektedir. Çünkü, Anayasa’nın 140. maddesinin ikinci fıkrası, “Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.” hükmünü âmiridir. Halbuki, iptalini talep ettiğimiz Kural, hâkim ve savcıların -muvafakatleri ile dahî olsa- TİB’in “emrinde” görevlendirilebilmelerine cevaz vermektedir. Böyle bir görevlendirmenin, Anayasa’nın 140. maddesinde ifadesini bulan “Hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ... esaslarına göre görev ifa edeceklerine” dair hükmüne açıkça aykırı olduğu her türlü izâhtan vârestedir.

Ayrıca, mezkûr düzenleme, Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında "Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar." kuralına da aykırılık oluşturmaktadır. Her ne kadar, anılan Anayasa hükmünde "... kanunda belirtilenlerden başka ..." ibâresine yer verilmiş ise de, bu hükümde murâd edilen "kanun"un "Anayasa'ya uygun olan kanun" olarak yorumlanması kaçınılmazdır. Dava konusu 6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunun ek birinci maddesine eklediği beşinci fıkrada yer alan düzenleme, açıkça Anayasa'ya aykırı bir hüküm olduğundan, Anayasakoyucunun Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında murâd ettiği "Anayasal düzene uygun bir kanun" kapsamında telâkkî edilemez. O halde, dava konusu yaptığımız ibâre, Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasına da aykırılık oluşturmaktadır.

"Mahkemelerin bağımsızlığı" ve "Hâkimlik teminatı" ilkelerini ihlâl eden bir düzenlemenin, Anayasamızın Başlangıç bölümünün 4. paragrafında ifade edilen "Kuvvetler ayrılığı" prensibine de aykırılık teşkil etmesi kaçınılmazdır. Zirâ, hâkim ve savcıların -kendi muvafakatleri ile dahî olsa- yürütmenin bir organı olan TİB emrinde görevlendirebilmeleri "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine gölge düşürür. Mahkemeleri "bağımsız" olmayan bir yargı erkinin ise yasama ve yürütme erklerinden "ayrı" ve "müstakil" bir erk olarak kabûlü mümkün değildir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesi, "başlangıçta belirtilen temel ilkeler"e bağlı olduğuna ve "kuvvetler ayrılığı" prensibine de "başlangıçta belirtilen temel ilkeler" arasında yer verildiğine göre, dava konusu düzenleme, Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi ile bu maddede atıf yapılan Anayasa'nın Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafına açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

15-) 6.2.2014 günlü 6518 sayılı "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 100. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 100- 5651 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 3- (1) Birliğin kuruluşu bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanır.

(2) Birlik, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.

(3) Belirtilen sürede Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması hâlinde, Kurum tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır.

(4) Birliğin kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere, Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır."

Söz gruplarının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri:

6518 sayılı Kanununun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddede öngörülen bu düzenleme ile, Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) kuruluşunun bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanacağı; Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği), mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı; Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcılarının ve erişim hizmeti veren işletmecilerin üyeliklerini tamamlamak zorunda oldukları; belirtilen sürede Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) kuruluşunu tamamlayamaması hâlinde, Kurum (Telekomünikasyon Kurumu) tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanacağı; Birliğin (Erişim Sağlayıcıları Birliği) kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere, Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmaktadır.

Öncelikle şu husus belirtilmek gerekir ki, anılan düzenlemenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.” hükmü, hâlen Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarına ve erişim hizmeti veren işletmecilere “Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine)” üye olma zorunluluğu getirmektedir. Bu mecbûriyete uymamanın müeyyideleri ise geçici üçüncü maddenin müteakip üçüncü ve dördüncü fıkralarında gösterilmektedir. Kanaatimizce, hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde üyeliklerini tamamlamak zorunda bırakılmaları Anayasa'nın “Dernek kurma hürriyeti”ni güvence altına alan 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne; “Çalışma ve sözleşme hürriyeti”ni teminat altına alan 48. maddenin birinci fıkrasına ve “Sendika kurma hakkı”ni öngören 51. maddesinin birinci fıkrası hükmüne açıkça aykırıdır. Zirâ, Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası “Hiç kimse bir derneğe üye olmaya veya dernekte üye kalmaya zorlanamaz” hükmünü âmidir. Şüphesiz, anılan Anayasa hükmü, “Hiç kimse ...” ibâresiyle başladığına göre, bu ibâre kapsamına sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de dâhildir. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanununun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen ve Birliğe üye olunması zorunluluğu getirilen mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmeciler de -kuşkusuz- anılan Anayasa hükmündeki “Hiç kimse” kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Oysa, dava konusu yaptığımız ve iptalini talep ettiğimiz Geçici üçüncü madde, Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tamamen aykırı bir biçimde mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) üye olma zorunluluğu getirmektedir. Anılan Birliğin bir özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu ise 5651 sayılı kanuna 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Hal böyle olunca, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerine özel hukuk tüzel kişisi (dernek) niteliğini hâiz bulunan Erişim Sağlayıcıları Birliğine üye olma zorunluluğunun getirilmesi, Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne çok açık bir biçimde aykırılık oluşturmaktadır; bu itibarla, iptali gerekir.

Öte yandan (yukarıda, dava dilekçemizin 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanununun 90. maddesi ile eklenen 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkraları hakkında ileri sürdüğümüz Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptal gerekçelerimizde de açıklamaya çalıştığımız veçhile), anılan düzenleme, Anayasa'nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı Üçüncü

Bölümünde teminat altına alınan ve “Sendika kurma hakkı”nı öngören 51. maddesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, anılan düzenlemenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.” hükmü, Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tamamen aykırı bir biçimde, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe (Erişim Sağlayıcıları Birliğine) üye olma zorunluluğu getirmektedir. Öyle ise, anılan düzenlemeler Anayasa’nın 51. maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan, çalışanların ve işverenlerin sendikalar ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma hakkına sahip olduğu ve hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya zorlanamayacağı kuralını açıkça ihlâl etmektedir. Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde sözü edilen ve Birliğe üyeliklerinin tamamlanması zorunluluğu getiren düzenleme, Anayasa’nın “Sendika kurma hakkı”nı güvence altına alan 51. maddesine de aykırıdır.

Kezâ, 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ile “Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilere üyeliklerini tamamlama zorunluluğu” getirilmesi, Anayasamızın “örgütlenme (ya da -bu kavramın negatifi olan- örgütlenmeme) özgürlüğü”nü güvence altına alan hükümlerinin yanısıra, Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” kenar başlıklı 48. maddesini de ihlâl etmektedir. Zirâ, Anayasa’nın 48. maddesinin birinci fıkrasındaki; “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.” denilmesine karşılık, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile eklenen Geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen düzenlemeyle, ilgili alanda girişimde bulunmak isteyen gerçek ve/veya tüzel kişilerin önüne piyasaya yeni bir giriş şartı getirilmektedir. Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne üyeliklerinin tamamlanması zorunluluğu getiren ve bunun doğal bir sonucu olarak “Girişim özgürlüğü”nü kısıtlayan ve demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmayan böylesi bir düzenlemenin, bu yönüyle de Anayasa’nın 48. maddesinde teminat altına alınan “Çalışma ve sözleşme hürriyeti”ni sınırlandırdığı aşîkârdır. Dolayısı ile, 5651 sayılı Kanuna 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile eklenen Geçici üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde öngörülen düzenleme, bu yönüyle de Anayasa’nın 48. maddesi hükmüne aykırıdır; iptali gerekir.

Diğer yandan, az yukarıda, dava dilekçemizin (6) numaralı maddesi altında, 6515 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, iş bu Geçici üçüncü madde için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesi ile geçici üçüncü madde arasında -âdetâ- “organik” bir bağ mevcuttur; geçici üçüncü madde olmaksızın 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen ve “Erişim Sağlayıcıları Birliği”ni ihdâs eden 6/A maddesi başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A maddesinin varlığı söz konusu olmaksızın, dava konusu geçici üçüncü madde başlıbaşına varlığını ve anlamını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkraları hükümleri hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, aynı Kanunun Geçici üçüncü maddesinin tamamı için de aynen geçerli olacaktır.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun “Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama” başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmidir:

“Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir.”

Dava konusu yapılan ve dava dilekçemizde Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri tasrih olunan 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen 6/A maddesi hükümleri ile geçici üçüncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 6518 sayılı Kanunun 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna getirilen Geçici üçüncü maddesi hükmünün tamamının uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6518 sayılı Kanunun 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesine eklenen 6/A maddesinin iptalini talep ettiğimiz birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkraları ile Geçici üçüncü maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde uygulama kabiliyeti kalmayan 6518 sayılı Kanunun Geçici üçüncü maddesinin de tamamının iptaline karar verilmesi gerekecektir.

V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) Anayasal koruma altında olan çalışma hürriyeti alanında mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya ticari faaliyetlerini sürdürülebilmeleri için Maliye Bakanlığı tarafından zorunlu tutulacak olan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinde, Maliye Bakanlığına mükelleflerde vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi verilmesi yanında, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etme ve ayrıca hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağıın usul ve esaslarını belirleme yetkisi verilmesi Anayasa’ya aykırıdır ve Maliye Bakanlığı’nın bu yetkileri kullanması durumunda, vadesi geçmiş vergi borcu olan mükellefler ticari hayattan çekilmek durumunda kalacaklarından ileride telafisi güç ya da olanaksız zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

2-3) Serbest rekabet ilkesine dayanan bir piyasa ekonomisinde devletin kamu ihalelerinde, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynak kullanımında verimliliğin sağlanması temel ilke olarak da ortaya konulmuşken, kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini ortadan kaldıran düzenlemeler yapılması, Anayasa’ya aykırı olmanın yanında, ihaleye istekli olanlar ile Hazinesin ve ayrıca ülke demokrasisi ile ekonomisinin ileride telafisi güç ya da olanaksız zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

4) SGK Başkanlığı merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı ve daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında bulunanların, Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına

atanmalarının öngörülmesi, Anayasa'ya aykırıdır ve atanan kişilerin ileride telafisi güç veya olanaksız zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

6518 sayılı Kanunun 5651 sayılı Kanunda yaptığı değişikliklerle ilgili olarak dava konusu yaptığımız ve Anayasa'ya aykırılıkları sebebiyle yukarıda sırasıyla iptal gerekçelerini açıkladığımız hükümlerin yürürlüklerinin durdurulmasına ilişkin gerekçemize gelince:

Yüksek mâlûmları olduğu üzere, Kamu Hukukunda yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için, yasal bir düzenlemenin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve bu yasal düzenlemenin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Dava konusu olayda, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 86., 87., 90., 91., 94. ve 100. maddelerinin tamamı; 85., 88., 89., 93. ve 97. maddelerinin ise dava konusu yaptığımız hükümleri yönünden, bu iki şart birlikte gerçekleşmiştir. Şöyle ki;

2007 yılında yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, bilgi toplumuna giden yolda ciddi engeller yaratmış, özellikle “İfade Özgürlüğü”, “İnsan Hakları” ve “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı uygulamalara sebep olmuştur.

Hâl böyle iken, 5651 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, 5651 sayılı Kanunu, Anayasamızda teminat altına alınmış “Özel hayatın gizliliği”, “Haberleşme hürriyeti”, “İfade hürriyeti”, “Basın hürriyeti”, “Dernek kurma / Derneğe üye olup olmama hürriyeti”, “Sendika kurma / Sendikaya üye olup olmama hürriyeti”, “Çalışma sözleşme hürriyeti”, “Hak arama hürriyeti” ve “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” ve “Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi” gibi temel “İnsan hak ve hürriyetlerini” daha da kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı bir hâle getirmektedir. Hiç kuşkusuz, bu menfî durum, toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son olarak Türkiye'nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekâbette yerini alma hedefi ile bağdaşmamaktadır.

5651 sayılı Kanun, yürürlüğe girdiği 4 Mayıs 2007 tarihinden bu güne kadar alınan yargı kararlarında özellikle “erişimin engellenmesi” tedbirine hükmedilirken, oranlılık-ölçülülük ilkelerinin gözetilmediği; kanunun amacı dışında erişime engelleme kararları verildiği; farklı hukukî sebeplere dayanarak verilen erişimin engellenmesi kararlarında bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandıran sonuçların doğduğu; erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesindeki koordinasyon eksikliğinden dolayı hak kayıplarının ortaya çıktığı gözlemlenmiştir.

Bütün bu olumsuzluklara rağmen, 5651 sayılı Kanunda 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler ve öngörülen yasal düzenlemeler ile, hâli hazırdaki mevcut sorunlar ortadan kaldırılamayacağı gibi, daha vahim ve yeni sorunların ortaya çıkması da kaçınılmazdır.

Dava dilekçemizde 6518 sayılı Kanunun dava konusu hükümlerinin Anayasa'ya aykırılıkları sebebiyle iptal gerekçelerimizde de tasrih olunduğu veçhile, 6518 sayılı Kanun ile “erişime engelleme” tedbiri hükmedilmesine imkân tanıyan çeşitli değişikliklere gidildiği görülmektedir. Ancak, söz konusu değişikliklerin, Yüksek Mahkemenin yerleşik içtihatları,

Anayasal normlar, Türk Hukuk Doktrininin uzlaşıda bulunduğu esaslar çerçevesinde “oranlılık ve ölçülülük” ilkelerinin uygulanmasını sağlamaktan uzak olduğu âşikârdır.

Özellikle, 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinden sonra vâzolunan 9/A maddesi ile, “Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi” tedbirinin uygulanabilmesine imkân veren ve son derece suiistimale açık bir durum ortaya koyan bir düzenleme getirildiği görülmektedir. Bu düzenleme ile Telekomünikasyon İletişim Başkanının emriyle ölçüsüz şekilde “erişimin engellenmesi” tedbirinin uygulanabileceği bir durum yaratılmaktadır. Bu düzenlemeler kapsamında verilecek erişimin engellenmesi kararlarının yine 5651 sayılı Kanunda değişiklik yapan 6518 sayılı Kanun hükümleri ile kurulan bir “Birlik” (Erişim Sağlayıcıları Birliği) eliyle uygulanmasının da son derece sakıncalı olacağı düşünülmektedir.

Erişim Sağlayıcıların kurulacak birliğe üye olmasının zorunlu olması ve aksi takdirde faaliyette bulunamayacaklarının belirtilmesi son derece sakıncalıdır. Bilindiği kadarıyla, böyle bir uygulama dünyada da yaygın değildir. Dava konusu hükümlerin Anayasa’ya aykırılık gerekçelerimizde de açıklamaya çalıştığımız gibi, 6518 sayılı Kanun ile kurulan yeni yapıda, her hangi bir hakkın ihlâli iddiası ile başvuru durumunda erişimin engellenmesi kararı verilebilmekte ve bu kararlar internet erişim sağlayıcıların üye olması zorunlu olan Erişim Sağlayıcıları Birliği vasıtasıyla yerine getirilmektedir. 6518 sayılı Kanunla 5651 sayılı Kanunda öngörülen işbu davanın konusu olan yasal düzenlemelerin internet ve sosyal medya ortamlarında özgürlüklerin kısıtlaması sonucunu doğuracak olması en büyük endişemizdir. 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerden önce dahî Anayasa’ya ve AİHM kararlarına aykırılık taşıdığı unutulmamalıdır.

Mevcut hâliyle bile tepki alarak kamuoyunda eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine, 6518 sayılı Kanunun öngördüğü baskıcı, kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı yöntemlerle interneti izlemeyi kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak dava konusu değişikliklerin demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı kesindir. 5651 sayılı Kanunun 6518 sayılı Kanundan önceki mevcut hükümlerinin tekrar gözden geçirilmesi, Sivil Toplum Kuruluşlarının da görüşleri alınarak İnternetin denetimine ilişkin uygulamaların ölçülü ve dengeli bir şekilde kanunlaşmasının sağlanması gerekirken, 6518 sayılı Kanun hükümleri ile tam tersine bir uygulamanın tercih edilmiş olması, Anayasamızda teminat altına alınan temel insan hak ve hürriyetlerinin korunması ve geliştirilmesi ilkesinin ihlâli açısından son derece kaygı vericidir.

5651 sayılı Yasada yapılan değişikliğin yol açacağı genel bir diğer yapısal sorun da, hak arama özgürlüğünün hiçe sayılması ve etkili başvuru yolunun öngörülmemesidir. Oysa 5651 sayılı Kanunda 6518 sayılı Kanun ile öngörülen dava konusu değişiklikler, bir yandan TİB’e sınırsız yetkiler vermekte, bir yandan da ifade özgürlüğü, dernek kurma / derneğe üye olup olmama özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, basın özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ihlâl edilen kişilere başvuracak hiçbir kanun yolu öngörmemektedir. Örneğin, içerik ve erişim sağlayıcılar her türlü bilgiyi TİB’e vermek zorunda olacaklar, ancak kullanıcılar bu bilgi akışından hiçbir şekilde haberdâr olamayacaktır; ya da kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddiasında bulunan kişi, mahkemeye başvurarak erişim engelleme kararı alabilecek; ancak, sitesine erişimi engellenen kişi, bu süreçten hiçbir şekilde haberdâr edilmeyecektir. Getirilen tüm yeni yöntemlerde, bu temel haklar tamamen göz ardı edilmiş ve yok farzedilmiştir. Bu husus, o kadar önemli yapısal bir eksikliktir ki, 6518 sayılı Kanunla öngörülen dava konusu değişikliklerin tamamını, Anayasa ve İnsan Hakları Hukuku açısından sakatlamaktadır.

Dolayısı ile, 6518 sayılı Kanunla getirilen sınırlamalar fazlasıyla geniştir ve veri saklama süresi de dâhil olmak üzere diğer tüm ayrıntılar, düzenleyici işlemlerle idare tarafından belirlenecektir. Bu itibarla, İnternet Yer Sağlayıcıların trafik bilgisi saklama yükümlülükleri ile birleştiğinde 5651 sayılı Kanuna 6518 Kanunla getirilen dava konusu yeni kurallar, özel hayata önemli nitelikte müdâhale niteliğindedir. Başkanlık, herhangi bir hukukî inceleme veya sürece dâhil olmaksızın Türkiye’de bulunan bütün internet kullanıcıları hakkında kişisel veri talep etme ve toplama hakkına sahip olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, herhangi bir izleme tedbirine temel teşkil eden bir yasanın, o ülkede yaşayan kişilerin farkında olmadan kendi iletişimlerinin de izlenebileceği hususunda endişelenmelerine mahal vermesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinin ihlâl edilmesine yol olacağını belirtmiştir. İzlemeye dair uygulanacak gizli ölçütler bağlamında, düzenlemenin vatandaşların anlamasına imkan verecek şekilde açık ve net olması gerekmektedir. Kamu otoritelerinin, özel hayat ve haberleşmenin gizliliğini koruma altına alan haklara potansiyel müdahale tehlikesi olan gizli ölçütleri uygulayabilmesi için kanunun herkesin anlayacağı şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, gizli yürütülecek izleme faaliyetlerinin hangi koşullarda, kime karşı işletilebileceğinin öngörülmesi ve bu izlemeye karşı hukuksal itiraz yollarının mevcut olması gereklidir. İstenilen bilgi, amaç yerine getirildikten sonra imhâ edilmeli ve hakkında işlem yapılan kişi bundan haberdâr edilmelidir ki, uygulamanın hukukîliği denetlenebilsin. Oysa, görüldüğü gibi, 6518 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanunda öngörülen değişiklikler, bu güvencelerin hiçbirine yer vermemektedir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen hükümler, Anayasa’ya açıkça aykırıdır. Dava konusu hükümlerin uygulanması halinde, Anayasamızda teminat altına alınmış bulunan “Özel hayatın gizliliği”, “Haberleşme hürriyeti”, “İfade hürriyeti”, “Basın hürriyeti”, “Dernek kurma / Derneğe üye olup olmama hürriyeti”, “Hak arama hürriyeti” ve “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” ve “Temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi” gibi temel “İnsan hak ve hürriyetleri” konularında Anayasa’nın öngördüğü kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı çok açık ve kesindir.

Dava konusu hükümler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa’ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu hükümler yönünden “Yürürlüğü Durdurma” Kararı verilmeyip, sadece iptal kararı verilmesi halinde, bu iptal kararı -büyük bir ihtimâlle- etkisiz kalacaktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin, hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa’ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken “hukukun üstünlüğü” ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende ise, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, hukuk devleti yönünden, telâfisi imkânsız durum ve zararlara yol açacaktır.

Böylesi bir ahvâlin husûle gelmesini önlemek amacıyla, 6518 sayılı Kanununun Anayasa’ya açıkça aykırı olan ve iptalleri istenen hükümlerinin, iş bu dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması talebiyle Yüksek Mahkemenizde iş bu dava açılmıştır.

VI. SONUÇ VE İSTEM

6.2.2014 günlü 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un;

1-) 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendindeki;

a) “... mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, ...” ifadesi, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine,

b) “... bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, ...” ifadesi, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine,

2) 47. maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin;

a) İkinci fıkrasındaki “gibi hususlarda” ibaresi, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine,

b) Üçüncü fıkrasının ilk cümlesindeki “... açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine ...” ibaresi ile “... açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin ...” ibaresi, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine,

3) 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkradaki “... yaklaşık maliyetin ...” ibaresi ile “... az ve %15'inden ...” ibaresi, Anayasa'nın 2., 10., 48. ve 167. maddelerine,

4) 80. maddesiyle 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkrası, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine,

5-) 85. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (n) bendi, Anayasa'nın 2., 33., 36. ve 40. maddelerine; (o) bendinde yer alan “... ve benzeri yöntemler kullanılarak ...” ibâresi, Anayasa'nın 2. maddesine; (r) bendi, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine,

6-) 86. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 3. maddesine eklenen üçüncü fıkra, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine,

7-) 87. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 4. maddesine eklenen üçüncü fıkra, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine,

8-) 88. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 5. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddelerine; dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddelerine; beşinci fıkrası, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine; altıncı fıkrası, Anayasa'nın 38. maddesine,

9-) 89. maddesi ile 5651 sayılı Kanununun 6. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ç) bendi, Anayasa'nın 2. maddesine; (d) bendi, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine,

10-) 90. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 6. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 6/A maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkraları, Anayasa'nın 2., 33., 36., 40., 48. ve 51. maddelerine; altıncı fıkrası, Anayasa'nın 2., 5. ve 167. maddelerine,

11-) 91. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 7. maddesinin değiştirilen ikinci ve üçüncü fıkraları ile 7. maddeye eklenen dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 38. maddelerine,

12-) 93. maddesi ile değiştirilen 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinin beşinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları, Anayasa'nın 2., 33., 36. ve 40. maddelerine,

13-) 94. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 9/A maddesinin bütün fıkraları ile birlikte tamamı, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine,

14-) 97. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun ek 1. maddesinin dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... hâkim ve savcılar ise kendilerinin ..." ibâresi, Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün Dördüncü paragrafı ile 2., 138. ve 140. maddelerine,

15-) 100. maddesi ile 5651 sayılı Kanuna eklenen Geçici üçüncü maddesinin bütün fıkraları ile birlikte tamamı, Anayasa'nın 2., 33., 36., 40., 48. ve 51. maddelerine,

aykırı olmaları nedeniyle, gerek lâyihamızda açıkladığımız gerekçelerle ve gerekse Yüksek Mahkemeniz tarafından re'sen belirlenecek nedenlerle İPTALLERİNE ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz."