

“ ...

1-) 7253 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (s) bendinin Anayasaya aykırılığı

7253 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (s) bendi ile sosyal ağ sağlayıcı tanımı yapılmaktadır. Yapılan ekleme uyarınca sosyal ağ sağlayıcı “sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri” ifade etmektedir.

5651 sayılı Kanun'da yer alan tanımlar maddesi kapsamında internet ortamı, “haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam” ve yer sağlayıcı ise “hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlar göz önünde bulundurulduğunda 7253 sayılı Kanun ile yapılan sosyal ağ sağlayıcı tanımı internet ortamı içerisinde faaliyet gösteren aktörlerden yer sağlayıcılar kümesinde çerçevesi belirli ve kesin bir gruba ifade etmemektedir. Öngörülen tanım pek çok bakımdan belirsizlikler içermektedir. Bu belirsizlik kaçınılmaz olarak yasada öngörülen yükümlülükler ve uygulanacak yaptırımlar bakımından öngörülemezlik doğurmaktadır. Öyle ki sosyal ağ sağlayıcıların bir yer sağlayıcı alt kümesi olarak düzenlenmemiş olması sebebi ile haberleşme ve kişisel kullanım amaçlı platformların bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği uygulamada tereddüt yaratmaktadır.

Bu tanım incelendiğinde sosyal etkileşim amacına yönelik metin, görüntü, ses ve konum gibi verileri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek ve tüzel kişilerden söz edilmektedir. Ancak sosyal etkileşim kavramı tanımlanmadığından somut olarak hangi platformların tanım kapsamına girdiğini tespit etmek neredeyse imkansızdır. Bu muğlaklık idareye yükümlülük sahibi kişileri belirlemede geniş bir takdir yetkisi vermekte ve yasada öngörülen yaptırımları uygulama bakımından keyfî davranma ihtimalini beraberinde getirmektedir. Örneğin, okuyucu yorumlarına imkân veren blogların tanım kapsamına girip girmediği anlaşılmamaktadır. Aynı şekilde internet haber siteleri veya internet gazeteleri, internette yayın yapan radyo ve televizyonlar gibi okuyucuların görüş açıklama ve yorum yapmasına imkân veren sitelerin açıkça istisna tutulmamış olması dolayısıyla sosyal ağ sağlayıcı kavramı içine sokulması mümkün gözükmemektedir. Benzer şekilde Ekşi Sözlük, Wikipedia gibi okuyucuların içerik oluşturmalarına imkân veren ancak asli amacı sosyal etkileşim olmayan online ansiklopedilerin de öngörülen tanım kapsamına dahil edilme olasılığı bulunmaktadır. Ayrıca kullanıcıların konum, metin, görüntü paylaştıkları ancak asli amacı harita olan “Google Haritalar”ın bu tanıma girip girmeyeceği anlaşılmamaktadır. Bu konuda bir açıklığın olmayışı; kişilerin, davranışlarını, hukuk düzeni tarafından isnat edileceğini bildikleri sonuçlara göre ayarlamalarına engel olacaktır.

Yasanın hazırlanmasında örnek alındığı anlaşılan Almanya'da 1 Ekim 2017 (bazı önemli hükümleri 1 Ocak 2018) tarihinde yürürlüğe giren Sosyal Ağlarda Hukukun Uygulanmasını İyileştirme Kanununda (Ağ Uygulama Kanunu -NetzDG)¹ çok daha spesifik

¹ “Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken” (1 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 1 Eylül 2017 tarihli Federal Resmi Gazetede I, s. 3352 de yayınlanmıştır). Kanun'un İngilizce metnine şuradan erişilebilir: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>

bir tanım yapıldığı görülmektedir. Kanun'un 1. maddesine göre kanun kapsamına "kâr elde etmek amacıyla kullanıcıların herhangi bir içeriği diğer kullanıcılarla paylaşmasını veya bu içeriği herkese açık hale getirmesini (sosyal ağlar) sağlamak için tasarlanmış İnternet platformlarını işleten telemedya hizmet sağlayıcıları" girmektedir. NetzDG Kanunu açıkça gazetecilik veya editoryal içerik sunan platformların kanun kapsamına girmediğini düzenlemiştir. Aynı şekilde bireysel iletişim veya belirli içeriğin yayılmasını sağlayacak şekilde tasarlanmış platformların da kanun kapsamına girmediği düzenlenmiştir. Buna rağmen burada iptali istenen düzenlemeden daha ayrıntılı bir kapsama sahip Alman kanunundaki tanım muğlaklıklar içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²

7253 sayılı Kanunla öngörülen tanımdaysa gazetecilik veya editoryal içerik sunan platformlar istisna tutulmadığı gibi, bireysel iletişim imkânı sunan platformlar da istisna tutulmamıştır. Bu nedenle yaygın olarak kullanılan kamuya açık olmayan kişiler arasında mesajlaşma, mailleşme, sesli görüntülü görüşme veya dosya paylaşma platformlarının hatta online toplantı yapma imkânı sunan zoom, jitsi meet gibi platformların da tanım kapsamına alınması mümkün görünmektedir. Aynı şekilde oyun platformlarının, müşterilere mallar konusunda yorum yapma imkânı sunan alış-veriş sitelerinin, ortak çalışma yapmaya olanak sağlayan platformların, dosya paylaşma ya da dosya depolama platformlarının, hatta akademik yayın paylaşma imkânı veren platformların ya da veri tabanlarının da tanım kapsamına sokulması mümkün görünmektedir. Oysa bu platformların hiçbirinin sosyal medya olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Tanımda yer alan "sosyal etkileşim", "oluşturma", "görüntüleme" ve "paylaşma" gibi kavramlar da hukuken belirsizdir.

Dolayısıyla öngörülen tanımdaki bu belirsizlik ve muğlaklık dolayısıyla 7253 sayılı kanunla getirilen diğer düzenlemelerin de öngörülemez sonuçlar doğuracağı kesindir. Bunun yanında sosyal ağ sağlayıcılardan Türkiye'den günlük bir milyon erişimi olanlara özel bazı yükümlülükler getirilmiştir. Ancak bu günlük bir milyon erişimin nasıl tespit edileceği ve tespitin neye göre yapılacağı konusunda da hiçbir açıklık bulunmamaktadır. Bu açıdan, sosyal ağ sağlayıcıların günlük erişim eşiğinin altında mı yoksa üstünde mi addedileceklerini açık şekilde saptayabilme ve böylece kendilerine düşen hukuki yükümlülükleri öngörme olanakları da makul şekilde sağlanmamıştır. Tanımdaki muğlaklık pek çok bakımdan Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

Öncelikle Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinin en temel ilkelerinden olan "hukuki güvenlik ilkesi", "bireylerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilmesi ve kendi davranışlarını ona göre ayarlayabilme imkânına sahip olması" şeklinde özetlenebilir. Hukuki güvenlik ancak hukuki belirlilik ile sağlanabilir. Bu ilkeye göre, kanunî düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmelerini gerektirir. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm fiil

² Article 19 adlı ifade özgürlüğü alanında çalışan bağımsız düşünce kuruluşunun kanuna ilişkin değerlendirmelerine şuradan erişilebilir: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2017/09/170901-Legal-Analysis-German-NetzDG-Act.pdf>

ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmaları şarttır (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, no. 14526/07, 20.01.2010, para. 28). Zira kişilerin kanun metni ile hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın ve sonucun bağlandığını kesin olarak öngörmeleriyle kamu makamlarının keyfi müdahalelerinin önüne geçilebilir (AYM, Hüsnü Şimşek Başvurusu, B.No: 2015/9734, 11.10.2018, para. 37; AYM, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, B.No: 2014/4705, 29.05.2014, para. 57). İhtilafı kural; yukarıda sıralanan gerekçelerle, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasanın 13. maddesine göre temel haklara yönelik müdahalelerin bir kanunla öngörülmüş olması gerekir. Ancak bunun için müdahalenin şekli anlamda bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun maddi anlamda belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır. Ayrıca yasanın keyfi müdahalelere karşı yeterli güvenceler içermesi gerekir. İptali istenen kural ile öngörülen sosyal ağ sağlayıcı tanımına bağlı olarak gerçek ve tüzel kişilerin ifade ve haberleşme özgürlüklerinin yanı sıra teşebbüs özgürlüklerine de müdahale edilmesine dayanak oluşturacaktır. Ancak belirtilen muğlaklıklar dolayısıyla söz konusu müdahalelerin kimlere uygulanacağını öngörmek mümkün değildir. Bu nedenle kural anılan temel hak ve özgürlükler açısından maddi anlamda kanunilik şartını karşılamadığından, Anayasanın 13. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Sosyal medya bireylerin bir taraftan düşüncelerini açıklama ve başkalarıyla paylaşma, diğer taraftan bilgi, haber ve düşüncelere erişmesine olanak tanımaktadır. Ayrıca sosyal medya haberleşme aracı olarak da kullanılmaktadır. Bu haklar yalnızca sosyal medya şirketleri için değil, bütün kullanıcılar için de geçerlidir. Anayasa Mahkemesi kullanıcıların haklarını Twitter'a ilişkin Yaman Akdeniz ve diğerleri, (B. No: 2014/3986, 2/4/2014) ve Youtube'a ilişkin Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri ([GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014) kararlarında tanımıştır. Aynı şekilde AİHM de Cengiz ve diğerleri kararında sosyal medyaya yapılan müdahalelerin kullanıcıların ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir. Yukarıda açıklanan belirsizlik nedeniyle kimlerin ifade ve haberleşme özgürlüklerine müdahaleye yetki verildiği açık olmadığından Anayasanın 22 ve 26. maddelerine yapılan müdahalenin kanuniliği ilkesi ihlal edildiğinden kural Anayasanın 22 ve 26. maddelerine de aykırıdır.

Ayrıca Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." denilmektedir. Söz konusu madde kapsamında teşebbüs özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu hakka yönelik müdahalelerin de kanunla öngörülmesi zorunludur. Ne var ki, yukarıda açıklanan belirsizlik bu hak bakımından da kanunla müdahale ilkesine aykırılık oluşturmaktadır ve kural bu nedenle Anayasanın 48. maddesine de aykırıdır.

Ayrıca 5651 sayılı Kanun'da sosyal ağ sağlayıcılara yönelik çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yaptırımlar arasında idari para cezalarının yanı sıra reklam alma yasağı ve bant genişliği daraltma yaptırımları da bulunmaktadır. Anayasanın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, idari para cezaları da bu maddede öngörülen

ilkelere tâbidir. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz." kuralına yer verilerek "suçun kanuniliği", üçüncü fıkrasında ise "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." kuralına yer verilerek "cezanın kanuniliği" ilkesi benimsenmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasanın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için benimsenmiştir. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları göz önüne alınarak tespit edilecek ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi fiillerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu düzenleme Anayasa ile güvence altına alınmış hukuk devleti ilkesinin en önemli tezahürü olan hukukun düzenlediği, yükümlülük yüklediği süjenin belirli olması gereği ile bağdaşmamaktadır.

İptali istenen kuralın, ihdas edilen yükümlülüklerle sahip sosyal ağ sağlayıcıları belirli kılmaması, mülkiyet hakkına müdahale oluşturacak idari para cezalarının, reklam alma yasaklarının ve bant genişliği daraltma yaptırımlarının kime uygulanacağını öngörülemez hale getirmektedir. İhtilafı kural, yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, Anayasa'nın mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören 35. maddesinin 2. fıkrasına da aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13., 22., 26.,35., 38. ve 48. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmesi gerekir.

2-) 7253 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen beşinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı

7253 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen beşinci fıkrası ile Kanun kapsamında verilen idari para cezalarının, muhatabın yurt dışında bulunması hâlinde Kurum tarafından doğrudan muhataba üçüncü fıkradaki usulle de bildirilebileceğini öngörmektedir. Bu bildirim 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre yapılan tebligat hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca bu bildirim yapıldığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebligatın yapılmış sayılacağı kuralına yer verilmiştir.

5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasında yer alan bildirim mekanizması bir tebligat usulü olmayıp, bilgilendirmelerin yapılmasında bir yol olarak sunulmaktadır. "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." Öte yandan hukuki işlemin geçerlilik kazanması, yapılan işlemin ilgisine tebliğ edilmesi ile gerçekleşir. Özellikle tek taraflı olarak yapılan idari işlemlerin ilgisine bildirilmesi yasal hakları kullanma

açısından son derece önemlidir. Anayasanın 125. maddesinde idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

Tebliğat, usul ve yöntemi Tebliğat Kanunu'nda belirlenen resmi bir işlemdir. Tebliğat, tebliğatı yapan makamca, muhataba, ilgili işlemi usulüne göre bildirmesi ve bu bildirme işleminin de belgelendirilmesidir. Tebliğat kural olarak muhataba, bilinen en son adresinde yapılır (Teb.K.m.10). Ancak muhatap adresinde bulunmaması, muhatabın adresinin bulunmaması gibi nedenlerle tebliğatın mümkün olmadığı hallerde, tebliğatın ne şekilde yapılacağı Tebliğat Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir (bkz. m.16,21,31). Ancak bu hallerde dahi, tebliğ konusu işlem, muhatabın tasarruf alanına mümkün olduğunca sokulmaya çalışılmakta, muhatabın işlemi öğrenmesi için çaba sarf edilmektedir. Ayrıca, bu hallerde, yani tebliğatın muhatabın kendisine değil de bir başkasına yahut başka yere yapılmasında bir zorunluluk bulunmaktadır. Ayrıca 7201 sayılı Tebliğat Kanununun 7/A maddesinde elektronik tebliğat da düzenlenmiştir. Getirilen kural tebliğatın elektronik yolla yapılmasını düzenlememekte aksine herhangi bir elektronik posta adresine ileti gönderilmesinin tebliğat sayılacağını düzenlemektedir. Kanunda elektronik tebliğat olanağı düzenlenmiş ve buna ilişkin belli güvenceler sağlanmışken, elektronik tebliğat yerine herhangi bir e-posta adresine bildirim göndermenin tebliğat yerine geçeceğinin düzenlenmesi açık bir şekilde muhatapların dava hakkını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Gönderilen e-postanın ilgili kişinin kutusuna düşüp düşmediğinin, ilgili kişiler tarafından açılıp açılmadığının tespiti yapılmaksızın işlemin tebliğ edildiğinin kabulü, kişilerin işleme karşı dava açmalarının önlenmesinin amaçlandığını göstermektedir.

Öte yandan Türkiye, birçok devlet ile tebliğat taleplerinin yerine getirilmesi için iki taraflı adli yardımlaşma anlaşmaları imzalamış ve aynı zamanda bu konuda en önemli uluslararası kaynakları oluşturan 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi ile 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme'ye taraf olmuştur. 1954 tarihli Sözleşmenin 1 ila 7'nci maddeleri arasında tebliğat konusu düzenlenmiştir. Ancak, 1965 tarihli Sözleşme, her iki Sözleşmeye taraf olan devletler arasında özel nitelikte hükümler taşıması nedeniyle anılan Sözleşmelere taraf olan devletler bakımından tebliğat işlemleri 1965 tarihli Sözleşmeye göre yerine getirilir. Uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınan yurtdışına tebliğata ilişkin hükümlerin 5651 sayılı Kanun ile etkisiz kılınması mümkün değildir. Zira hiçbir devlet kendi kanunlarına dayanarak uluslararası yükümlülüklerinden kurtulamaz. Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmaların "kanun hükmünde" olması kabul edilmiş ve "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" denmiştir. Bu doğrultuda Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınmış hak arama özgürlüğü ve 40. maddede güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelere karşı etkili başvuru hakkı ile doğrudan ilişkili olan tebliğat konusunun temel hakları ilgilendirdiği açık olup yukarıda anılan usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin de temel hakları ilgilendiren sözleşmeler olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı olan iptali istenen kural Anayasanın 90. maddesine de aykırıdır ve 90/5 madde gereği uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

İdari işlemlerin yazılı bildirim zorunluluğunun ve yargısal işlemlerin nasıl bildirileceğinin özel bir kanunla düzenlenmiş olmasının nedeni bireylerin hak arama özgürlüklerini ve etkili başvuru haklarını kullanabilmelerine olanak tanımadır. Tanınan hakların sözde kalmaması gerçekten uygulanabilir haklar olmaları için hakkın kullanımına

engel olacak fiili ve hukuki engellerin ortadan kaldırılması gerekir. Tebligatın özel bir kanunla düzenlenmesinin amacı diğer bütün haklara yönelik müdahaleler karşısında kişilerin hak arama ve başvuru haklarını kullanmasını güvence altına almaktır. Bunun için işlemin ilgisine ulaştığını güvence altına alacak tedbirlere ve kurallara yer verilmiştir. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Bu hakkın temel unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır. Başvuru sürelerinin çok kısa olması ya da dava açma süresinin yazılı tebligattan önce başlatılması gibi hususları Anayasa Mahkemesi Mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelemektedir (Bkz. Yaşar Çoban [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 66; Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52; Ambarlık Elektrik Üretim Dağ. Paz. A.Ş., B. No: 2017/39987, 18/6/2020, § 35). Dolayısıyla dava açma süresinin başlangıcını belirtmek açısından hayati bir öneme sahip olan tebligat hususunda yasada öngörülen güvenceleri ortadan kaldıran düzenleme kişilerin dava açma olanağını ortadan kaldıracak ya da süreleri kaçırmalarına neden olacağından mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir.

Tebligat, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemlerin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesidir. İşlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için usulüne uygun olarak muhatabına bildirilmesi gerekir. Böylece tebligata bağlanan süre işleme, bazı yükümlülükler katılması vb. muhataptan beklenebilir hale gelsin. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama özgürlüğünün en önemli güvencelerinden biridir. Muhatabın, tebligat konusu işlem usulüne uygun olarak bilgilendirilmesi, hakkaniyete uygun yargılamanın da bir gereğidir.

Kuralın uygulanması durumunda yer sağlayıcının internet sitesinde kamuya açık olarak paylaşmış olduğu elektronik posta veya diğer iletişim araçlarına yapılan tebligatın muhatabı olan yer sağlayıcıya gidip gitmediği, muhatabına ulaşip ulaşmadığı, ulaştı ise içeriğine ne zaman vakıf olduğu, tebligatın tebellüğ yetkisine sahip olanlarca alınıp alınmadığı muallakta kalacaktır. Bu kapsamda geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin bu vasıtalar ile yer sağlayıcı için geçerli olmak üzere yapılan tebligat ile sağlanması hukuki güvenliği sarsmaktadır. Düzenleme ile bir çok hukuki sürecin ilgili tarafın tebligat içeriğinin farkında dahi olmadan önce başlayabileceği, bu durumun ise hak arama hürriyetini ciddi bir şekilde tehdit edebileceği, gerçek ve tüzel kişilerin haklarını doğrudan etkileme kapasitesine sahip olan tedbir/yaptırım kararlarının, bu vasıtalar ile tebliğ edilmesinin geçerli addedilmesinin savunma hakkının etkin kullanımını engellediği, 5651 sayılı Kanun kapsamında yer sağlayıcılık faaliyeti yapanlara bu vasıtayla yapılacak bildirim muhatabına ulaşmaması halinde, bu muhatapların meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma hakları ile adil yargılanma hakkının elinden alınması ve dolayısıyla hak arama hürriyetinden mahrum bırakılmaları söz konusu olacaktır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 36. maddesine aykırıdır.

Aynı şekilde Anayasanın 40. maddesinde temel haklara yönelik müdahalelere karşı ilgili mercilere başvuru hakkı güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Etkili Başvuru Hakkı" başlıklı 13. maddesi de, "Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir"

hükmünü öngörmektedir. AİHM, Sözleşme'nin 13. maddesinin, Sözleşme'ye dayanan savunulabilir iddiaların içeriğinin incelenmesi ve bu çerçevede aykırılıkların uygun şekilde giderilmesine olanak veren bir iç başvuru yolunun varlığını gerektirdiğini belirtmektedir. 13. maddenin gerektirdiği başvuru, uygulamada da hukuken de "etkili" olmalıdır (AİHM, De Souza Ribeiro-Fransa, başvuru no: 22689/07, 13/12/2012, §78). İşlemlerin bildiri bu hakkın kullanımını açısından da hayati öneme sahiptir. Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişilere yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine benzer durumlarda ilgili gerçek veya tüzel kişilere hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerinin gösterilmemesi, etkili başvuru hakkının yokluğu nedeniyle Anayasanın 40. maddesine aykırılık teşkil eder.

Konusu idari para cezası olan bir yaptırımın bu yolla bildirilmesinin tebligat sayılması ve 7201 sayılı Tebligat kanunu uyarınca tayin edilen tebligat yapmaya yetkili mercinin yetkilerini de bertaraf etmektedir. Bu nedenle bu bildirimlere ek olarak idari para cezalarının Tebligat Kanunu'na uygun şekilde tebliğ edilerek geçerli bir tebligatın sonuçlarını doğurması mekanizması ortadan kaldırılarak bildirim mekanizmasının tebligat usulüne dönüştürülmesi Anayasa'nın yukarıda belirtilen kurallarına aykırı olduğu gibi 2. maddede güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden veya yurt dışından 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 ulaşip ulaşmadığı, ulaştı ise ne zaman görülüp açıldığı, açıldı ise tebellüğ yetkisine sahip olanlar tarafından alınıp alınmadığı hususları yanında, ayrıca yurt dışında bulunan hizmet sağlayıcısının tabi olduğu kamu hukukunu ihlal edebilecek bir düzenlemedir. Bu şekilde hukuki belirliliği ortadan kaldıran kural hukuki güvenlik ilkesini de zedelemektedir. Bu nedenle kural Anayasanın 2. maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan yurtdışında mukim ve 5651 sayılı Kanun kapsamında faaliyet gösteren kişiler bakımından yurtdışında yerleşik olup Türkiye'de farklı alanlarda faaliyet gösterenden farklı olarak ve uluslararası antlaşmalara aykırı şekilde tebligat usulü öngörülmesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Anayasa madde 10'da herkesin kanunlar önünde eşit olduğu belirtilmiş olup Devlet organları ve idare makamlarının da bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır" (AYM, E.S.:1976/3, K.S.:1976/3, K.T.:13.04.1976). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (AYM, E.S.:2006/11, K.S.:2006/17, K.T.:7.2.2006). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (E.S.:1985/11, K.S.:1986/29, KT:11.12.1986). Hak arama özgürlüğünü etkileyen tebligat usulü açısından Türkiye'nin içinde ve dışında mukim olanlar arasında yapılan ayırım, haklı bir nedene dayanmadığı gibi, ülke dışında yerleşik olan kişilerin yukarıda sayılan hak ve özgürlüklerinin kaybı sonucunu doğurmaya da yol açabilecektir. Devlet organları ve idare makamlarının bütün işleri kapsamına idari para cezası yaptırımları ve bunların bildirilmesi de gireceğinden

yurtdışında yerleşik kişiler bakımından sadece faaliyet konuları bakımından getirilen bu farklılık Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Anayasanın 2., 10., 36., 40., 90. ve 125. maddelerine aykırı olan kuralın iptal edilmesi gerekir.

3-) 7253 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

5651 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fıkrasında yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya bu Kanundaki yükümlülükleri yerine getirmeyen yer sağlayıcı hakkında Başkanlık tarafından idari para cezası verilmesini öngörmektedir. Verilecek ceza değişiklik öncesinde "on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar" şeklinde iken yapılan değişiklikle cezanın miktarı yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına" kadar şeklinde öngörülmüştür. Yani getirilen değişiklikle uygulanacak idari para cezasının alt ve üst sınırının miktarı on kat artırılmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin suç sayıldığı ve suç sayılan bu fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.

Ayrıca Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların ölçülü olması zorunludur. İptali istenen kural ile düzenlenen idari para cezaları başta mülkiyet hakkı olmak üzere yer sağlayıcıların pek çok anayasal hak ve özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır. Yer sağlayıcılara yasada yüklenen trafik bilgilerini tutma, erişim engelleme ve içerik çıkarma kararlarını uygulama gibi yükümlülükler öngörülmüştür. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde verilecek idari para cezasının alt sınırı yapılan değişiklikle yüzbin Türk Lirasına yükseltilmiştir. Bu cezanın miktarı bir milyon Türk Lirasına kadar olabilecektir ve bu konuda tüm yetki BTK başkanına verilmiştir.

Har ne kadar suç ya da kabahatler konusunda verilecek cezanın miktarını belirlemek yasa koyucunun takdir yetkisinde ise de Anayasanın 13. maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesi gereği belirlenen cezanın miktarının da aşırı orantısız olmaması gerekir. Yasada öngörülen içerik çıkarma veya erişim engelleme gibi yükümlülüklerin en geç dört saat içinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu süreyi geçiren bir yer sağlayıcıya en az yüzbin TL idari para cezası verilmesi ölçülü kabul edilemez.

Türkiye'de sulh ceza hakimliklerinin listeler halinde erişime engelleme ve/veya içerik çıkarma kararları verdikleri görülmektedir. 300-400 içeriğin tek kararla erişime engellendiği örnekler bulunmaktadır. Ayrıca erişim engelleme ve içerik çıkarma kararlarının sayısının oldukça yüksek olduğu da bir gerçektir. Bir yılda erişime engellenen İnternet sitesi sayısının

yüzbine yaklaştığı görülmektedir³ 2017 yılı içinde 91.812, 2018 yılı içinde 94.233 internet sitesi erişime engellenmiştir. Üstelik bu sayılara erişime engellenen URL adresleri, Facebook, Twitter, Youtube içerikleri dahil değildir.

Bütün bu hususlar dikkate alındığında kuralda öngörülen ceza miktarının ölçülü olmadığı açıktır. Zira ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan orantılık prensibine göre bir kişinin hakkına yapılan müdahale ile kamunun elde edeceği fayda arasında makul bir denge gözetilmemiş ve kişi ağır bir bedel ödemek zorunda bırakılmışsa yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez.

Diğer taraftan kuralda hiçbir ilke ve ölçüt belirtilmeden BTK başkanına alt sınırdan on kat uzaklaşarak ceza verme yetkisi tanınmıştır. Başkan bir yer sağlayıcıya verilecek cezanın yüzbin TL mi yoksa bir milyon TL mi olacağına tamamen keyfi bir şekilde karar verebilecektir. Yasanın bir idari birim olan BTK başkanına tanımış olduğu bu yetki, yasal düzenlemenin özüne ve niteliğine aykırıdır. Asgari ve azami ceza hadleri arasındaki on katlık fark, adeta birbirinden farklı iki cezanın aynı düzenlemeye dayanarak keyfi şekilde verilebileceğine tekabül etmektedir. Dolayısıyla belirtilen ceza miktarının alt sınırı ile üst sınırı arasındaki aşırı fark belirsizliğe ve yasaya tabi olan kişiler açısından öngörülemezliğe neden olmaktadır. Kuralda bu yetkinin keyfi kullanılmasını önleyecek herhangi bir ceza tayin ölçütüne ve güvenceye de yer verilmemiştir. Bu belirsizlik hukuk devleti ilkesinin temel esaslarından biri olan hukuki güvenlik ilkesine açıkça aykırı olduğu gibi, hukuk devletinin tam karşısı olan keyfi yönetime olanak tanımaktadır. Bu nedenle Kural Anayasanın 2. maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2. ve 13. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmesi gerekir.

4-) 7253 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "içeriğin çıkarılması ve/veya" ibaresinin ve onbirinci fıkrasında yer alan "ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcısına" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7253 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde yapılan değişikliklerle madde kapsamında yer alan suçlarla ilgili verilebilecek koruma tedbirleri ve idari tedbirlerin kapsamı genişletilmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bazı suçlar, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar bakımından bu suçların internet yoluyla işlenmesi halinde bazı koruma tedbirleri ve idari tedbirler öngörmektedir. Değişiklik öncesinde bu suçlar bakımından soruşturma sırasında hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından erişimin engellenmesi koruma tedbiri verilebileceği öngörülmüştür. Getirilen değişiklikle erişimin engellenmesinin yanında içeriğin çıkarılması kararı verilmesi de öngörülmüştür.

Ayrıca maddenin dördüncü fıkrasında bazı suçlar bakımından idari tedbir niteliğinde erişimin engellenmesi kararının verilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması

³ Y. Akdeniz & O. Güven, Engelli Web 2019: Türkiye'den Erişime Engellenen Web Siteleri, Haber ve Sosyal Medya İçeriklerinin Analiz Raporu, İfade Özgürlüğü Derneği Yayınları, Temmuz 2020, s.62, https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf.

halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) ve (7) numaralı alt bentlerinde ve (c) bendinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak BTK başkanı tarafından re'sen erişimin engellenmesi karar verilebilecektir. Getirilen değişiklikle BTK başkanının yetkisi genişletilmiş ve içeriğin çıkarılması kararı verme yetkisi de tanınmıştır. Ayrıca BTK başkanı tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının içerik, yer ve erişim sağlayıcılara tebliğ edileceği ve yerine getirilmesinin isteneceği öngörülmüştür. Buna bağlı olarak onbirinci fıkrafta yapılan değişiklikle bu kararın gereğini yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcılara onbin TL'den yüzbin TL'ye kadar idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

a) Dördüncü fıkrafta yer alan "İçeriğin çıkarılması ve/veya" ibaresi yönünden

Yapılan değişiklikler pek çok bakımdan anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Öncelikle hem bir koruma tedbiri hem de idari tedbir olarak erişime engellenmenin yanı sıra içeriğin çıkarılması tedbirinin uygulanması yetkisi getirilmiştir. Bu yetkinin başta Anayasanın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğü olmak üzere, Anayasanın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü ve yer ve erişim sağlayıcılar açısından Anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınan teşebbüs özgürlükleri olmak üzere pek çok temel hakka müdahale teşkil ettiği açıktır.

Her ne kadar madde gerekçesinde içerik çıkarmanın erişim engellemeye göre daha hafif bir tedbir olduğu, tüm sitenin erişime engellenmesi yerine sadece ilgili içeriğin çıkarılması suretiyle sitenin varlığını sürdüreceği belirtilmiş ise de bu gerekçenin doğru ve yerinde olmadığı açıktır. Zira 5651 sayılı Kanun'un dava konusu kuralları içeren 8. maddesine 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 36 maddesiyle eklenen on yedinci fıkrasına göre bu maddenin ikinci, dördüncü ve ondördüncü fıkraları kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararları, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilecektir. Ancak, teknik olarak ihlale ilişkin içeriğe erişimin engellenmesi yapılamadığı veya ilgili içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla ihlalin önlenemediği durumlarda, internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Dolayısıyla zaten erişim engellenmenin ilgili URL ile sınırlı olarak verilmesi gerekmektedir. Bunun mümkün olmaması halinde ancak sitenin tamamının erişime engellenmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle gerekçede belirtildiği şekilde içeriğin çıkarılması temel haklara yönelik daha hafif bir müdahale değil aksine çok daha ağır bir müdahaledir.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin ölçülü olması zorunludur. Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır. Buna göre bir temel hakka yönelik müdahalenin ölçülü olduğundan söz edebilmek için müdahale aracının amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, aynı amacın daha hafif bir tedbir ile gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması, yani amacı gerçekleştirmek için gerekli en hafif tedbirin uygulanması ve uygulanan tedbir ile bireyin hakkına yapılan müdahale ile kamusal yarar arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekir.

İdari tedbir olarak uygulanan içeriğin çıkarılması kararının yukarıda belirtilen temel haklara ağır bir müdahale teşkil ettiği açıktır. İçeriğin çıkarılması halinde içerik tamamen ortadan kaldırıldığından soruşturmanın takipsizlikle ya da yargılamanın beraatla sonuçlanması halinde içeriğin tekrar yayınlanması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki erişimin engellenmesi ile elde edilemeyen bir sonucun içeriğin çıkarılmasıyla elde edilmesi de söz konusu değildir. Suç oluşturduğu ileri sürülen içeriğin erişime engellenmesi ile istenilen kamu yararı amacı

Esas Sayısı : 2020/76
Karar sayısı : 2023/172

gerçekleştirildiğinden daha ağır sonuçlar doğuran içeriğin çıkarılması tedbirine yer verilmesi gereklilik unsuruna aykırılık oluşturduğundan ölçülü değildir.

Diğer taraftan idari tedbir olarak öngörülen içeriğin çıkarılması tedbirine hangi hallerde başvurulabileceği konusunda dördüncü fıkra da herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

13. maddede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin “kanun”la sınırlanması ölçütüne göre bir düzenlemenin yalnızca şekli anlamda değil maddi anlamda da kanun şartlarını taşıması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. 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 hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. (AYM, E.2015/72, K.2016/44, 26/5/2016, § 7). Bu kapsamda “kanunla öngörülme” ölçütüne göre kanunun şekli anlamda var olması yeterli olmayıp maddi anlamda kanunun şartlarını taşıması gerekmektedir (AYM, Esas S. 2015/76, Karar S. 2017/153, 15.11.2017, para. 30). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması şarttır (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, no. 14526/07, 20.01.2010, para. 28). Zira kişilerin kanun metni ile hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın ve sonucun bağlandığını kesin olarak öngörmeleriyle kamu makamlarının keyfi müdahalelerinin önüne geçilebilir (AYM, Hüsnü Şimşek Başvurusu, B.No: 2015/9734, 11.10.2018, para. 37; AYM, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, B.No: 2014/4705, 29.05.2014, para. 57).

İptali istenen kural içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi tedbirlerinden hangisinin hangi koşullarda uygulanacağına dair hiçbir ilke ortaya koymamıştır. Hatta bu tedbirlerin ikisinin aynı anda uygulanması mümkünmüş gibi iki tedbir arasına “ve/veya” bağlacı konulmuştur.

Bu haliyle kural öngörülemezdir ve bir kanunda bulunması gereken öngörülebilirlik ve keyfi müdahalelere karşı güvence içerme niteliklerini taşımadığından temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesini de ihlal etmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önce itiraz yoluyla önüne gelen dördüncü fıkra hükmünü sadece itiraz eden mahkemenin önündeki uyuşmazlık açısından uygulanma kabiliyeti olan müstehcenlik suçu açısından (birinci fıkranın (a) bendinin (5) numaralı alt bendi) incelemiş ve kuralı anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017)

Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararında dayandığı gerekçe fıkra da belirtilen tüm suçlar açısından aynı şekilde geçerlidir. Kaldı ki yasa koyucu Anayasa Mahkemesinin iptal kararını dikkate almadan aynı suç için bu sefer içeriğin çıkarılması tedbirini düzenlemiştir.

Anayasa Mahkemesi kararına göre idari tedbir olarak öngörülen erişimin engellenmesi uygulaması Anayasanın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğüne ve Anayasanın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale teşkil etmektedir.

Anayasanın 22. maddesine göre haberleşme özgürlüğüne ancak hakim kararıyla ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin emriyle müdahale edilebilir ve yetkili merciin kararının 24 saat içinde hakim onayına sunulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 22. maddesinde yer alan güvencelerin internet üzerinden gerçekleştirilen haberleşme için de geçerli olduğunu tespit etmiştir. (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 21) AİHM de, Sözleşme'nin 10. maddesinin, internet aracılığıyla gerçekleşen iletişime de uygulandığını vurgulamaktadır (AİHM, Ashby Donald ve diğerleri-Fransa, başvuru No: 36769/08, 10/01/2013, §34).

Anayasa Mahkemesi öncelikle Kanun'un 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, fıkra da sayılan hâllerde erişimin engellenmesi kararının hâkim onayına sunulmaksızın resen TİB tarafından verileceği düzenlendiği tespitinde bulunduktan sonra bu düzenlemenin kamu yararı amacı taşıdığını belirtmiştir. Mahkeme İnternetin haberleşme ve iletişimin yanı sıra suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak da dâhil olmak üzere hayatın hemen her alanında etkin olarak kullanıldığı veya kullanılabilmesi gözetildiğinde telefon veya telgraf gibi geleneksel haberleşme yöntemlerinden farklı olduğu, bu nedenle internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Haberleşme hürriyeti, haberleşme veya iletişim sağlama niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan internet içeriğini ya da uygulamalarını güvence altına almakta olup bunun dışında kalan, özellikle de yalnızca suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları açısından bir koruma sağlamaz diyen Mahkeme, haberleşme amacı taşımayan salt suç işlemek amacıyla kurulan internet sitelerinin Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen hâkim onayı güvencesinden yararlanamayacağını belirttikten sonra Dördüncü fıkra da yer alan düzenlemenin içeriği suç oluşturan bazı yayınlara da yer vermekle beraber haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan, özellikle sosyal medya gibi kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olan internet siteleri ya da uygulamalarını da kapsadığı belirtmiştir. Buna göre itiraz konusu kural ise içeriği suç oluşturan bir yayının, suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla faaliyette bulunmayan, kitlesel haberleşme ve iletişim sağlayan internet sitelerinde paylaşılması durumunda da hâkim onayı gerekmeksizin idarece resen erişimin engellenmesi kararı verilmesine olanak tanımaktadır.

Mahkemenin kararına göre, günümüzde sosyal medya olarak da ifade edilen internet siteleri dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği ve haberleşme sağladıkları bir mecra hâline gelmiştir. Kitlesel haberleşme aracı olarak kullanılan bu tür sitelerde içeriği suç oluşturan yayınlara da söz konusu olabilmektedir. Esas amacı haberleşme ve bilgi paylaşımı olan bu sitelerde yer alan içeriği suç oluşturabilecek yayınlar nedeniyle hâkim onayı olmaksızın sitenin tümüne yönelik olarak resen erişimin engellenmesi kararı verilmesi Anayasa'nın 22. maddesinde, haberleşmenin kanunla yetkili kılınmış merci tarafından engellenmesi hâlinde engelleme kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı şeklinde açıkça ifade edilen güvenceyle bağdaşmamaktadır (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 26).

Bu nedenle dördüncü fıkra da yer alan "içeriğin çıkarılması ve/veya" ibaresi başta Anayasanın 2. ve 13. maddeleri olmak üzere 22, 26 ve 48. maddelerine de aykırıdır.

b) Onbirinci fıkrada yer alan “içerik, yer ve erişim sağlayıcısına” ibaresi yönünden

Dördüncü fıkrada BTK başkanı tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının içerik yer ve erişim sağlayıcılara tebliğ edileceği ve uygulanmasının isteneceği, onbirinci fıkrada ise bu kararı uygulamayan ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcısına BTK başkanı tarafından idari para cezası verileceği öngörülmektedir. Getirilen bu değişikliklerle yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıların içerikten doğan sorumluluğu da genişletilmiştir. 5651 sayılı Kanun ile içerik sağlayıcının, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olduğu belirtilmiş olmakla birlikte erişim sağlayıcısı hukuka aykırı içerikten, Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle yükümlü tutulmuş ve yer sağlayıcının da buna paralel şekilde yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığı, yer sağladığı hukuka aykırı içeriği Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda yer sağlayıcı bakımından uygulanabilecek olan tedbir erişimin engellenmesidir. Hukuka aykırı içeriğin çıkarılması esas olarak içerik sağlayıcısının yükümlülüğü olup bu kapsamda erişim ve yer sağlayıcıların yükümlülüğü ikincildir. Bununla birlikte yer sağlayıcının içeriği yayından kaldırması doğrudan haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracağından ve içeriğin çıkarılması/erişimin engellenmesi kararları tehlikenin önlenmesi bakımından hızlı alınıyor olsa da bu kararlara itiraz edilmesi halinde verilen kararın hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesine ilişkin oldukça uzun bir yargılama süreci yaşanmaktadır. Verilen idari tedbir niteliğindeki erişim engellenmesi veya içeriğin çıkarılması kararlarına karşı idari yargıda dava açılacak, uygun sonuç alınamaması halinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılacaktır. Bu sürecin ortalama on yıla yakın bir süre alacağı öngörülebilmektedir.

Öncelikle, verilecek içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının yukarıda açıklandığı gibi temel haklara müdahale niteliği taşıdığı ve ulusal ve uluslararası standartlara aykırı olduğu açıktır. Bu şekilde verilen hukuka aykırı kararın uygulanması için aynı anda içerik, yer ve erişim sağlayıcılara tebliğ edilmesi ve bu içeriklerin çıkarılmasının isteneceği kuralına yer verilmiştir. Kural hem içerik, hem yer hem de erişim sağlayıcıya yükümlülük yüklediğinden öngörülemez niteliktedir. İçerik, yer ve erişim sağlayıcının farklı ülkelerde ve farklı hukuk sistemlerine tabi olabileceği göz önüne alınmalıdır. Çıkarma yükümlülüğünün öncelikle kime ait olduğunun ve hangi sırayla kaldırma yükümlülüğü doğduğunun kuralda açıkça düzenlenmemiş olması yükümlülük sahibi gerçek ve tüzel kişiler bakımından öngörülemez bir durum doğurmaktadır. Söz konusu karar içerik sağlayıcı açısından ifade özgürlüğü (Any. M. 26), basın özgürlüğü (m.28), haberleşme özgürlüğü (m. 22), hatta özel hayat hakkına (m.20) müdahale teşkil edebilecektir. Bu şekilde temel haklara müdahale teşkil eden kuralın açık ve öngörülebilmek olması Anayasanın 13. maddesinde öngörülen kanunla sınırlandırma ilkesinin ve her hakka ilişkin ilgili maddede yer alan kanunla sınırlama ilkesinin ihlali anlamı taşıyacaktır. Aynı şekilde yer ve erişim sağlayıcı açısından teşebbüs özgürlüğüne (m. 48) yönelik müdahalenin öngörülemezliği anlamına gelmektedir. Aynı şekilde yükümlülük ihlali halinde idari para cezası öngörüldüğünden Anayasanın 38. maddesinde güvence altına alınan suç ve cezaların yasallığı ilkesi de ihlal edilecektir.

Bu içerik, yer ve erişim sağlayıcıların önemli bir kısmının yurt dışında olduğu dikkate alınmalıdır. Zira kural zaten suç teşkil ettiği belirtilen içeriğin içerik ve yer sağlayıcısının yurt dışında olması halinde idari tedbir uygulanmasını öngörmektedir. Dolayısıyla içeriğin çıkarılmasına ilişkin yükümlülük küresel olarak hizmet veren ve yurtdışında yerleşik yer sağlayıcılar bakımından bu kişilerin tabi oldukları hukuklar bakımından uygulanamaz

niteliktedir. İçerik sağlayıcı bakımından içeriğin çıkarılmasına ilişkin bir yükümlülük getirilebilecek olsa da yer sağlayıcılara böyle bir yükümlülük getirilmesi uluslararası hukukta hâkim yetki ve uygulama alanı ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Devletlerin kendi hakimiyet sınırları içinde egemenlik hakkına sahip olmalarının gereği olarak, kanunlarını bu sınırlar içinde uygulamaları ittifakla benimsenen bir husustur. Zira her bağımsız devletin kendi yargı yetkisinin sınırlarını oluşturma ve kendi ceza yargısının ilkelerini belirleme yetkisini elinde bulundurduğu kabul edilmektedir. Bu bakımından, uluslararası hukukta kabul görmüş genel ilkelere göre hareket etmekle birlikte, devletlerin kendi ceza yargısı alanını oluşturmaları tabidir.

Devletin yargı yetkisi, esasen o devletin egemenlik alanı olan ülkesinde söz konusu olabilir. Yargı yetkisinin bir diğer görünümü de devletin cezalandırmak yetkisidir. Cezalandırmak yetkisi devlet egemenliğinin bir sonucu olduğu için, devlet bu yetkisini de esasen kendi egemenlik alanı olan ülkesinde kullanabilir. Türkiye Cumhuriyeti'nin cezalandırma yetkisinin yer bakımından sınırları hakkında Anayasa'da bir hüküm yoktur. Yargı yetkisi devlet egemenliğinin bir sonucu olduğu için, bu yönde bir hükmün herhangi bir kanunda yer almasına da gerek yoktur. Anayasanın 9. maddesinde "yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı" ifadesi, yargı yetkisinin yer yönünden uygulanmasını değil, kimler tarafından uygulanacağını göstermektedir. Devlet, egemenlik ve yargı yetkisini esasen cezalandırmak yetkisiyle gösterdiği için yargı yetkisinin yer yönünden sınırları Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) "Genel Hükümler" başlıklı birinci kitapta, "Kanunun Uygulama Alanı" başlıklı ikinci kısımda, 8. ve devamı maddelerde düzenlenmiştir.

"Makul" ya da "meşru" bir bağlantı noktası olmadan bir devletin kendi sınırlarını aşarak cezalandırma yetkisini kullanmaya kalkışması halinde bunun başka devletlerin işlerine karışmama ilkesi ile çelişeceği muhakkaktır. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. Hukukun genel prensibi gereği "hukukun korunması gereken amaçla", bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı "hukuki himaye yönteminin yani aracın" orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Konum bazlı erişimin engellenmesi tedbirine ek olarak erişim sağlayıcılar ve yer sağlayıcılara yüklenen ve yerine getirilmemesi halinde idari para cezası sonucunu doğuran içeriğin çıkarılması tedbiri "amaç-araç" dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanımlı ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşımanın yanı sıra Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik sahası dışına çıkan bir tedbir niteliğini haizdir.

Mesela ABD'de yer alan bir içerik sağlayıcı sitenin yer sağlayıcısının Kanada'da yerleşik bir şirket olduğunu varsayalım. Söz konusu sitede müstehcen görüntülere yer verdiği veya bahis oynatıldığı gerekçesiyle BTK başkanı tarafından içeriğin çıkarılmasına karar verildiğinde bu kararın iki ülkedeki yükümlülere tebliği ve içeriğin çıkarılmaması halinde de idari para cezası verilmesi gerekmektedir ki bu oldukça absürd bir durumdur. Anayasanın 6. maddesine göre hiçbir organ Anayasadan kaynaklanmayan bir yetki kullanamaz. Türkiye'nin

egemenlik alanıyla hiçbir ilgisi olmayan kişilere yönelik yetki kullanılmasını öngören kural açıkça Anayasanın 6. maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar Anayasanın 2., 6., 13., 20., 22., 26., 28., 38. ve 48. maddelerine aykırıdır, iptal edilmeleri gerekir.

5-) 7253 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini" ibaresinin, üçüncü fıkrasında yer alan "içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine" ibaresinin, beşinci fıkrasında yer alan "içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" ibaresinin, sekizinci fıkrasının, dokuzuncu fıkrasında yer alan "içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" ibaresinin, eklenen onuncu fıkrasının ve onbirinci fıkrasında yer alan "içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

a) Birinci, üçüncü, besinci ve dokuzuncu fıkralarda yer alan ibareler yönünden

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde internet ortamında yayınlanan içerikler dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişilerin içerik ve/veya yer sağlayıcıya başvurarak içeriğin çıkarılmasını talep edebileceği ya da doğrudan sulh ceza hakimliğine başvurarak erişimin engellenmesine karar verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. 7253 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle erişimin engellenmesinin yanı sıra ya da onun yerine içeriğin çıkarılmasını talep etme yetkisi tanınmıştır.

Öngörülen bu müdahale pek çok yönden Anayasaya aykırıdır. Öncelikle maddede öngörülen müdahalenin hukuki niteliği belli değildir. Hukuk sistematığı içinde herhangi bir yere oturmamaktadır. Zira öngörülen içerik çıkarma ve erişime engelleme uygulamaları koruma tedbiri olarak nitelendirilemez, çünkü ortada herhangi bir suç ve ceza soruşturması olmadığı gibi talep eden de savcılık değil, hakkının ihlal edildiğini ileri süren gerçek ve tüzel kişilerdir.

Bu uygulamalar bir önleyici idari tedbir olarak da nitelendirilemez, çünkü korunun kamusal bir menfaat olmadığı gibi kararı veren de idari bir merci değildir. Sulh ceza hakimliklerinin idari kolluk yetkisi kullanma yetkisi bulunmadığı da izahtan varestedir.

Dolayısıyla hukuk sistematığına uymayan bu kurumun kendine özgü bir hak arama yolu olduğu söylenebilecektir. Türk hukuk sistematığında özel kişiler tarafından hakkının ihlal edildiğini ileri süren kişilerin bu haklarını elde edebilmek için hukuk mahkemelerinde dava açmaları ve bu dava kapsamında tedbir talebinde bulunmaları mümkündür. Bazı istisnai hallerde idareden de hakka yönelik tecavüzün giderilmesi istenebilir. Ancak hukuk sistemimizde özel bir hakkın korunması için sulh ceza hakimliğinden talepte bulunulabilen başka bir hukuk yolu bulunmamaktadır.

Hukuk sistematığına tamamen aykırı olan bu kurum Anayasanın pek çok maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, Anayasanın 13. maddesinde yer alan temel ve hak özgürlükleri sınırlama rejimine tabidir. Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanununun 8. maddesi kapsamında yapmış olduğu somut norm denetiminde temel hak ve özgürlüklere yönelik her müdahalede Anayasanın 13. maddesi ile düzenlenen ölçütlerin aranacağını belirtmiştir. Bu kapsamda "kanunla öngörülme" ölçütüne göre kanunun şekli anlamda var olması yeterli olmayıp maddi anlamda kanunun şartlarını taşıması gerekmektedir

(AYM, Esas S. 2015/76, Karar S. 2017/153, 15.11.2017, para. 30). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması şarttır (Ürper ve Diğerleri/Türkiye, no. 14526/07, 20.01.2010, para. 28). Zira kişilerin kanun metni ile hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın ve sonucun bağlandığını kesin olarak öngörmeleriyle kamu makamlarının keyfi müdahalelerinin önüne geçilebilir (Hüsnü Şimşek Başvurusu, B.No: 2015/9734, 11.10.2018, para. 37; Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, B.No: 2014/4705, 29.05.2014, para. 57). Bu ilkeler kapsamında değerlendirildiğinde, 5651 sayılı Kanununun 9. maddesinde öngörülen içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi uygulaması belirlilik ilkesine aykırıdır.

Öncelikle, kişilik hakları kavramının içeriği belirli değildir. Hangi kişilik haklarının bu kapsamda olduğu konusunda açıklık bulunmamaktadır. Mesela, Türk hukukunda özel hayatın gizliliği hakkı kişilik hakları arasında kabul edilmektedir ancak 5651 sayılı Kanununun 9/A maddesinde bu hakkın korunması ayrıca düzenlenmiştir. Dolayısıyla somut olarak hangi hakların 9. madde kapsamına girdiği konusunda açıklık bulunmamaktadır.

Oysa ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar dar yorumlanır (AİHM, Pentikäinen-Finlandiya, başvuru no: 11882/10, 20/10/2015, §87). Belirsiz kapsamı sebebiyle uygulamada geniş şekilde yorumlanma ihtimali olan bir ibare aracılığıyla, demokratik toplum açısından yaşamsal önem taşıyan ifade özgürlüğünü sınırlamak mümkün olmamak gerekir.

İkinci olarak, 9. maddenin koruması kapsamına tüzel kişiler ve kurumlar da dahil edilmiştir. Tüzel kişilerin, özellikle de kamu tüzel kişilerinin kişilik haklarından yararlanıp yararlanmayacağı ya da hangi haklardan ne şekilde ve hangi ölçüde yararlanacağı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Uygulamada kamu tüzel kişileri sadece haberde adı geçtiği gerekçesiyle erişim engelleme talep edebilmekte ve bu talepler kabul edilmektedir.

Üçüncü olarak, yukarıda belirtildiği gibi 9. maddede öngörülen içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi tedbirlerinin hukuki niteliği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bunun adli ya da idari bir yaptırım mı yoksa geçici nitelikte bir tedbir kararı mı olduğu açık değildir. Uygulamada bağımsız bir yaptırım gibi işlev görmekte ve erişime engellenen bir içerik ilelebet engelli kalmaktadır.

Dördüncü olarak, erişime engelleme kararının verilmesine ve uygulanmasına ilişkin olarak öngörülen sistem keyfi müdahalelere karşı yeterli güvence içermemekte, içerik sahibinin sürece dahil olmasına olanak tanınmamaktadır. Talep içerik veya yer sağlayıcıya tebliğ edilmeden doğrudan sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapmaksızın ve yirmi dört saat içinde karara bağlanmaktadır.

Hâkim tarafından verilen karar Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilmekte ve bu karar Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya gönderilmekte ve kararın gereğinin derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi içerik veya yer sağlayıcı süreçte hiçbir şekilde yer almadan, talepten haberi bile olmadan kararı uygulamak zorunda kalmaktadır. Uygulanmaması halinde ise adli para cezası ile karşı karşıya kalacaktır.

Bu kararlara karşı CMK uyarınca itiraz edilebileceği düzenlenmiş ise de itiraz etmeden önce kararın gereğini yerine getirmek zorunlu tutulmuştur. Kaldı ki itiraz kapalı devre çalışan sulh ceza hakimliklerine yapılmak zorundadır. Bu kararları verme ve bu kararlara karşı itirazları

inceleme yetkisi de zaten ağır bir iş yükü altında olan ve yaratılan kapalı devre sistemi dolayısıyla tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda kuşklar bulunan sulh ceza hakimliklerine verilmiştir. Bu hakimlikler çoğu talep konusunda ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin anayasal standartlar ve AİHM içtihadını dikkate almadan, içerikler konusunda tikel değerlendirme yapmadan şablon kararlar vermektedir.

Daha vahim bir durum ise talebin ilk sulh ceza hakimliği tarafından reddedilmesi üzerine itiraz mercii tarafından içeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesi kararı verilmesi halidir. Bu durumda kararın kesin olarak verildiği belirtilerek yapılan itirazlar doğrudan reddedilmektedir.

Bütün bunlar 9. maddede öngörülen düzenlemenin içeriğinin belirsiz ve öngörülemez olduğunu, keyfi müdahalelere karşı yeterli güvenceler içermediğini göstermektedir. AİHM erişim engellemelerine ilişkin yakın tarihli Rusya aleyhine verdiği dört kararda erişime engelleme tedbirinin uygulanmasında içerik sahiplerine sürece dahil olma ve kendi argümanlarını ileri sürme imkânı verilmemesini yasanın keyfi müdahalelere karşı yeterli güvence içermemesi olarak nitelendirmiştir (OOO Flavus ve Diğerleri/Rusya, nos. 12468/15, 23489/15 ve 19074/16, 23.06.2020, para. 40; Engels/Rusya, no. 61919/16, 23.06.2020; ve Bulgakov/Rusya, no. 20159/15, 23.06.2020, para. 35; Kharitonov/Rusya, no. 10795/14, 23.06.2020, para.43). İptal davası konusu ihtilafı kural da, AİHM'nin ifade özgürlüğünü ihlal sebebi olarak tespit ettiği bu sakatlıkla maluldür.

Ayrıca yukarıda 8. maddeye ilişkin yapılan açıklamalarda değinildiği gibi ne zaman içeriğin çıkarılmasına karar verileceği, ne zaman ise erişimin engelleneceği konusunda da herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu belirsizlik öngörülemezliğe ve keyfilığe neden olduğu gibi aynı zamanda ölçsüz müdahalelere de olanak tanımaktadır.

Yasanın yürürlüğe girdiği günden bu yana sulh ceza hakimlikleri tedbirlerden hangisine karar verdiklerini bile belirtmeden yasada yazıldığı şekilde "içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine" karar vermektedirler. Oysa erişime engelleme ile içeriğin çıkarılması tamamen farklı tedbirler olup doğurduğu sonuçlar da farklıdır. Mesela 9. maddenin yedinci fıkrasına göre içeriğin çıkarılması halinde hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz hale gelmektedir. Bu durumda içeriğin çıkarılmasına ilişkin hâkim kararı uygulandığında kendiliğinden hükümsüz hale geldiğine göre itiraz edilebilecek bir karar da bulunmamaktadır. Oysa maddeye eklenen sekizinci fıkraya göre kararın bildirilmesi üzerine içerik, yer ve erişim sağlayıcılar, kararın gereğini derhal en geç dört saat içinde yerine getirmek zorundadırlar.

Kendi içinde bu derece tutarsız ve temel haklara yönelik keyfi müdahalelere olanak tanıyan kural uygulamada tam bir sansür mekanizmasına dönüşmüştür. 2015-2017 yılları arasında Türkiye genelinde sulh ceza hakimlikleri tarafından Erişim Sağlayıcıları Birliğine 9. madde kapsamında yaklaşık 45.000 civarında erişimin engellenmesi kararı bildirilmiş ve bu kararlarla yaklaşık 98.000 içerik (URL) erişime engellenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Ali Kızılcık (B. No: 2014/5552, 26/10/2017) kararında 5651 sayılı Kanununun 9. maddesinde öngörülen erişimin engellenmesi kararlarının ciddi bir sorun yarattığını tespit ederek, söz konusu ihlalleri azaltmak amacıyla bazı ilkeler belirlemiştir. Mahkeme bu içtihadını sonraki kararlarında tutarlı olarak uygulamıştır (bazıları için bkz. IPS İletişim Vakfı Başvurusu, 2015/14758, 30.10.2018; Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. Başvurusu, 2015/6313, 13.09.2018; Miyase İlknur ve Diğerleri Başvurusu, 2015/15242, 18.07.2018; Kemal Gözler Başvurusu, 2014/5232, 19.04.2018; IPS İletişim Vakfı Başvurusu

(2), B. No: 2015/15873, 07.03.2019; Özgen Acar ve diğerleri, B. No: 2015/15241, 31/10/2018; Aykut Küçükkaya, B. No: 2014/15916, 9/1/2020; Kemal Gözler (2), B. No: 2015/5612, 10/12/2019; Enver Kaya (2), B. No: 2015/13180, 11/9/2019; Kemalettin Bulamacı, B. No: 2016/14830, 4/7/2019; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim-Sen), B. No: 2015/11131, 4/7/2019; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (2), B. No: 2014/14965, 16/2/2017; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (3), B. No: 2015/16499, 3/7/2019; Barış Yarkadaş, B. No: 2015/4821, 17/4/2019). Bu şekilde 9. maddeye dayanarak verilen erişim engellemelerine ilişkin yapılan başvurularda AYM tarafından bugüne kadar 15'ten fazla ihlal kararı verilmiştir. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi bu maddenin uygulanmasına ilişkin olarak pek çok ihlal kararı vermiştir. Bugüne kadar Mahkeme sadece tek bir başvuruda kabul edilemezlik kararı vermiştir (Naif Şaşma, B. No: 2015/3782, 9/1/2019). Bu da madde kapsamındaki sulh ceza hakimliklerinin uygulamalarının sistematik olarak Anayasaya aykırı olduğunu göstermektedir. Ancak ifade özgürlüklerine hukuka aykırı bir şekilde müdahale edilen kişiler ancak Anayasa Mahkemesinin ihlal kararıyla müdahalenin hukuka aykırılığını tespit ettirebilmektedirler ki bu süre beş yıla kadar uzayabilmektedir. AYM'nin bu kadar çok ihlal kararı vermesi bile maddenin keyfi müdahalelere karşı yeterli güvence içermediğinin göstergesidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabileceğinden kanun metninin yukarıda belirlenen belirlilik ve öngörülebilirlik niteliklerine sahip olması gerekir. Yasa metninde yer almayan açıklığın yargı kararlarıyla sağlanması Anayasaya göre mümkün değildir. Diğer taraftan Ali Kızık ve devamında verilen kararlarla Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen yapısal sorunları giderdiğini söylemek de mümkün değildir.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi, erişime engellemenin cezai ya da idari bir yaptırım değil, geçici tedbir niteliği taşıdığını belirtmiştir. Ancak Mahkemenin bu tespitinin yukarıda belirtilen belirsizliği ortadan kaldırdığını söylemek mümkün değildir. Zira bu tespiti hayata geçirecek mekanizmalar yasada bulunmamaktadır. Erişim engellemenin geçici tedbir niteliğinde olabilmesi için bu karardan sonra mutlaka bir hukuk davası ya da ceza soruşturmasının açılması ve içeriğe ilişkin esastan bir karar verilmesi gerekir. Oysa mevcut düzenleme ve uygulamada böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Verilen erişime engelleme kararları kesin hüküm olarak değerlendirilmekte ve ilelebet yürürlükte kalmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi 9. maddede öngörülen müdahaleler kendine özgü (sui generis) bir hak arama yolu niteliği taşımaktadır.

İkinci olarak, Anayasa Mahkemesinin Ali Kızık ve devamı kararlarında kişilik hakları kavramının içeriği ve tüzel kişilerin bu haklardan hangilerinden ve ne ölçüde yararlanacağı konusunda herhangi bir tartışma yapılmamış ve bu konularda açıklık sağlanmamıştır.

Üçüncü olarak, 5651 sayılı Kanununun 9. maddesinde yer alan erişimin engellenmesi tedbiri keyfi müdahalelere karşı hiçbir güvence içermemektedir. Erişimin engellenmesi talebi konusunda sulh ceza hakimliklerinin 24 saat içinde karar vermesi gerekmektedir ve bu süreçte içerik sahiplerinin katılımı mümkün değildir. Bu kapsamda içerik sahipleri kararın verilmesi aşamasında iddia ve savunmalarını ileri süremedikleri gibi sonrasında da itirazları hiçbir şekilde dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla yüz binlerce içerik, sahiplerinin haberi dahi olmaksızın saatler içerisinde, çelişmeli bir yargılama yapılmaksızın verilmiş kararlarla sonsuza kadar erişime engellenmekte ya da içerik çıkarılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi Ali Kıdık kararında erişime engelleme kararının alınmasında usuli güvencelere uyulmadığını özellikle belirterek yasa metnindeki belirsizlikten doğan hak kayıplarının önüne geçebilmek için ilk bakışta (Prima Facie) ihlal ilkesini benimsemiştir. Ancak ilk bakışta ihlal ilkesinin uygulamada hiçbir düzeltici etkisi olmamıştır, söz konusu kararın yayınlanmasının üzerinden üç yıla yakın bir süre geçmiş olmasına rağmen neredeyse hiçbir kararda referans bile verilmemiştir. Bunun tesadüf eseri olmadığı, sulh ceza hakimliklerinin yapısal olarak bu ilkeleri uygulama olanağının olmadığı belirtilmelidir. Nitekim, 2019 yılı içinde sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen 6200 karardan sadece 22 tanesinde Ali Kıdık ilkeleri uygulanmıştır (Yaman Akdeniz ve Ozan Güven, Engelli Web 2019 Raporu, s. 38 (https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf)).

Sonuç olarak, 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinde yer alan içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi uygulamaları öngörülebilirlik koşulunu taşıyamaması ve ifade ve basın özgürlüklerine yönelik keyfi müdahalelere karşı güvence içermemesi dolayısıyla kanun niteliğinde olmaması ve bu kanun kapsamında Anayasa Mahkemesi tarafından belirtilen Prima Facie testinin hakimlikler tarafından uygulanmaması sistematik hak ihlallerine neden olmaktadır. Bu bakımdan sistematik hak ihlaline neden olan iptali istenen kurallar, Anayasanın 13, 26, 28. maddelerine aykırıdır.

b) Sekizinci fıkra yönünden

7253 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin sekizinci fıkrasında değişiklik yapılmadan önce ilgili fıkra “Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.” hükmü yer alırken, yapılan değişiklikle fıkra “Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.” halini almıştır. Görüldüğü gibi yapılan değişiklikle Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne hakimlik kararlarını içerik, yer ve erişim sağlayıcılara bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu görev ve yetki Birliğin hukuki statüsüne uygun olmadığı gibi kanunda düzenlenen diğer görev ve yetkileriyle de bağdaşmamaktadır.

İlgili maddede ifade olunan Birlik, 5651 sayılı Kanunda 6 Şubat 2014 tarih ve 6518 sayılı Kanun’un 90. maddesi ile düzenlenen Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere kurulmuş olan Erişim Sağlayıcıları Birliği’dir (“ESB”). ESB, 19 Mayıs 2014 tarihinde faaliyete başlamıştır. Birliğin asıl görevi, Kanun'un 8. maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşan ve bunlar arasındaki koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Birliğe üye olmayan erişim sağlayıcılar faaliyette bulunamazlar. Bu özelliklere bakıldığında, ESB dernek veya vakıf statüsünde değildir (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08/12/2015, § 83) ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağlamakta ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli bulunmaktadır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08/12/2015, § 85).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. 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. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir. Kanun koyucunun ESB'yi, içeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infaz edilememelik ve muhatap belirsizliği gibi sorunların ortadan kaldırılması ve işin teknik özelliğinden dolayı bu görevi yapabilecek başka bir kurumun bulunmamasını da gözeterek, erişimin engellenmesi kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kurduğu anlaşılmaktadır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08/12/2015, § 89). Bu şekilde düzenlemeler yapılması ise anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Öte yandan Birliğin üyeleri olan erişim sağlayıcılara bildirimde bulunması Kanun'da düzenlenmiş olmakla birlikte Birliğin içerik ve yer sağlayıcılara yönelik bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim Birliğin erişim sağlayıcılara bildirimde bulunmasının gerekçesi, Kanun kapsamında Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılması ve Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunamamalarıdır (5651 sayılı Kanun m. 6/A-(7), (10)). Özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olan Birliğin iletişim sahası Birlik üyesi olan erişim sağlayıcıları ile sınırlıdır.

Özel hukuk tüzel kişisi olan Birliğin kendisi ile hiçbir ilgisi olmayan içerik ve yer sağlayıcılara hakimlikler tarafından verilen kararları bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. İçerik ve yer sağlayıcılar da bu bildirimden itibaren en geç dört saat içinde kararın gereğini yerine getirmek zorundadır. Yasada bu bildirim nasıl yapılacağı belirtilmediği gibi Tebligat Kanunu'nda öngörülen usullere uyma zorunluluğu da öngörülmemiştir.

Öncelikle Birliğin kuruluş amacı erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasıdır ki bunu Birlik kendisi gerçekleştirecektir. Dolayısıyla erişimin engellenmesi kararlarının yer ve içerik sağlayıcılara bildiriminden Birliğin yükümlülüğü olarak düzenlenmesinin bir mantığı olmadığı gibi, bu bildirim halinde içerik ve yer sağlayıcıların yapabileceği bir şey de yoktur. Ancak itiraz haklarını kullanabilirler. Ayrıca bu bildirim içerik, yer ve erişim sağlayıcılara nasıl ve hangi sırayla yapılacağı, içeriğin çıkarılması yükümlülüğünün hangi sırayla uygulanacağı belli olmadan aynı anda her üç kişiye birden bildirim yapılması ve içeriğin kaldırılmaması halinde hangisine idari para cezası verileceği konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu belirsizlik kişilerin yükümlülükleri hakkında öngörülemezliğe neden olduğu gibi dört saat içinde kararın uygulanmaması halinde adli para cezası verilmesi öngörüldüğünden suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık söz konusudur. Bu nedenle kural Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine ve 38. maddesinde güvence altına alınan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırıdır.

Öte yandan yargı kararlarının bildirilmesi de yargılamanın bir parçası olup yukarıda tebligata ilişkin düzenlemeler doğrudan hak arama hürriyetine ilişkindir. Bu kapsamda yargı kararlarının ESB aracılığı ile bildirilmesi Anayasanın 9. maddesinde güvence altına yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı ilkesine aykırıdır. Özel hukuk kişisi olan ESB mahkeme kararlarının bildirilmesine ilişkin olarak yetkilendirilemez.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır..." denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların

korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Bu nedenle içerik ve yer sağlayıcılara bir özel hukuk kişisi olan ESB tarafından idare veyahut mahkeme kararının bildirilmesi karşısında Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişilere yetkili makama başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine benzer durumlarda ilgili gerçek veya tüzel kişilere hangi kanun yolları ve mercilere başvurucağının ve sürelerinin gösterilmemesi ve mahkemelere ait olan yargı yetkisinin özel hukuk kişisi olan ESB'ye devredilmesi Anayasa'nın 2., 9., 36., 38., 40. ve 125. maddelerine aykırıdır.

c) Onuncu fıkra yönünden

7253 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine eklenen onuncu fıkrasında İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hâkim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verilebileceği ve kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterileceği öngörülmüştür.

Maddenin gerekçesinde kişilik haklarının daha etkin korunması amacıyla kişilik haklarını ihlal eden içeriklerle hakları ihlal edilen kişilerin adının ilişkilendirilmemesine olanak sağlama amacıyla düzenleme yapıldığı belirtilmiş ve gerek Adalet Komisyonu gerekse TBMM Genel Kurulu'nun kanun tasarısı metni üzerinde gerçekleştirdiği görüşmeler sırasında sıklıkla "Unutulma Hakkı'na" atıfta bulunulmuştur.

2012 yılının başlarında Avrupa Komisyonu'nun adalet, temel haklar ve vatandaşlıktan sorumlu üyesi Viviane Reding tarafından yapılan açıklama ile gündeme gelen unutulma hakkı, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hususunda dikkat çeken "yeni" bir hak olarak tartışılmış ve kişisel verilerin korunması kapsamında ele alınarak günümüzde çeşitli hukuki metinlerde kendisine yer bulmuştur. Bu alanda unutulma hakkı, kişisel verilerin silinmesini talep hakkı ve listelenmeme hakkı özelindeki ayrımlara dikkat çekmek gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi unutulma hakkını Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ve 5. maddede devlete yüklenen ödevlerin bir uzantısı olarak tanımıştır. Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmede bulunmuştur: "Unutulma hakkı Anayasa'mızda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve ödevleri" başlığı altında düzenlenen 5. maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" ifadesi ile devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu yükümlülük bağlamında Anayasa'nın 17.maddesinde düzenlenen kişinin manevi bütünlüğü bağlamında şeref ve itibarının korunması hakkı ve Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ile birlikte düşünüldüğünde, devletin bireye geçmişte yaşadıklarının başkaları tarafından öğrenilmesi engellenerek "yeni bir sayfa açma" olanağı verme hususunda bir sorumluluğu olduğu açıktır. Özellikle kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında kişisel verilerin silinmesini talep edebilme hakkı, kişilerin geçmişlerinde yaşadıkları olumsuzlukların unutulmasına imkân tanımayı kapsamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen unutulma hakkı, internet vasıtasıyla ulaşılması kolay olan ve dijital hafızada bulunan haberlere erişimin engellenmesi için Anayasa'nın 5., 17. ve 20. maddelerinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan unutulma hakkının kabul edilmemesi, internet vasıtasıyla

kolayca ulaşılabilir ve uzun süre muhafaza edilebilir kişisel veriler nedeniyle başkaları tarafından kişiler hakkında ön yargı oluşturabilmesi nedeniyle manevi varlığının geliştirilmesi için gerekli onurlu bir yaşam sürdürmesine ve manevi bağımsızlığına müdahaleyi sürekli kılmaktadır” (N.B.B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 47).

Ancak Mahkemeye göre unutulma hakkı ifade ve basın özgürlüğü kapsamında olan haber arşivini koruma hakkı ile dengeli bir şekilde kullanılmalıdır. Mahkeme şu değerlendirmede bulunmuştur: “Bununla birlikte Mahkeme; unutulma hakkının İnternet üzerindeki her türlü haber veya yazı yönünden uygulanmasını beklemenin mümkün olmadığını, özellikle basın özgürlüğü temelinde gazete arşivinin araştırmacılar, hukukçular veya tarihçiler için önem taşıyan veriler olduğunu belirtmiştir. Unutulma hakkı, İnternet ortamında haber arşivini koruma altına alan basın özgürlüğünün ve halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğünün özüne dokunmayacak ve aynı zamanda hak sahibinin çıkarlarını koruyacak şekilde kullanılmalıdır. Mahkeme, İnternet ortamındaki bir haber veya yazının unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği), haber veya yazıya konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya yazının konusu, bu bağlamda haber ya da yazının olgusal gerçekler veya değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların somut olay açısından incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuştur (N.B.B., § 50).” (Asım Bayar ve Veysel Bayar, B. No: 2014/4141, 4/10/2017, § 24)

Nitekim Mahkeme bu hususları dikkate alarak Asım Bayar ve Veysel Bayar başvurusunda başvuru sahiplerinin siyasi kimliği, haberin kamu yararını ilgilendiren bir konuya ilişkin olması ve haberin yayınlandığı tarih ile bireysel başvuru arasında geçen sürenin yedi yıl bir ay olması gibi hususları dikkate alarak yerel mahkemelerin talep edilen habere erişimin engellenmesi kararı vermemesini Anayasaya aykırı bulmamış ve başvuru sahiplerinin başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun bularak kabul edilemezlik kararı vermiştir (Asım Bayar ve Veysel Bayar, B. No: 2014/4141, 4/10/2017; benzer yönde bkz. N.B.B. (2) [GK], B. No: 2014/17143, 1/3/2017; C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018; A.A., B. No: 2014/7244, 12/9/2018).

İptali istenen kuralda Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen koşullardan hiçbirine yer verilmediği gibi bu kuralın basın üzerinde bir sansür mekanizması olarak kullanılmasını önleyecek hiçbir güvenceye de yer verilmemiştir. Yukarıda etraflı bir şekilde açıklandığı gibi 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uygulamada tam bir sansür mekanizması olarak çalışmıştır. Bu maddeye dayanarak 2015-2017 yılları arasında yaklaşık 98.000 içerik erişime engellenmiştir. Bu içerikler arasında basında yer alan haberler önemli bir oran teşkil etmektedir. Yine yukarıda belirtildiği gibi Anayasa Mahkemesi tarafından bugüne kadar 9. maddenin uygulamasıyla ilgili onlarca ihlal kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu maddenin çok istisnai hallerde ancak ilk bakışta ihlalin gözüktüğü durumlarda uygulanması gerektiği yönünde Ali Kırık (Ali Kırık Başvurusu, B. No: 2014/5552, 26.10.2017) ilke kararını vermiştir. Bu kararında ortaya koyduğu ilkeleri en az 15 kararda daha tekrarlamıştır.⁴ Ancak bu kararın

⁴ Kemal Gözler Başvurusu, (B. No: 2014/5232, 19.04.2018); Miyase İlnur ve Diğerleri Başvurusu (B. No: 2015/15242, 18.07.2018); A.A. Başvurusu, (B. No: 2014/7244, 12.09.2018); Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. Başvurusu, (B. No: 2015/6313, 13.09.2018); IPS İletişim Vakfı Başvurusu (B. No: 2015/14758, 30.10.2018); Özgen Acar Başvurusu, (B. No: 2015/15241, 31.10.2018); IPS İletişim Vakfı Başvurusu (2) (B. No: 2015/15873, 07.03.2019); Barış Yarkadaş Başvurusu (B. No: 2015/4821, 17.04.2019); Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş (3) Başvurusu (B. No: 2015/16499, 03.07.2019); Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM-SEN) Başvurusu (B. No: 2015/11131, 04.07.2019); Kemalettin Bulamacı Başvurusu (B. No: 2016/14830, 04.07.2019); Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz Başvurusu (3) (B. No: 2015/17387, 20.11.2019); Kerem

yayınlanmasında iki yıl sonra 2019 yılında Türkiye çapında 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine dayanarak erişimin engellenmesi taleplerine ilişkin 6200 karar verilmiş, bu kararlardan yalnızca yirmi ikisinde “ilk bakışta ihlal” değerlendirme yapılmıştır. Ali Kızık kararına atıf sayısı ise 69’dur. (Yaman Akdeniz ve Ozan Güven, Engelli Web 2019 Raporu, s. 38 (https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf). Bütün bu veriler iptali istenen kuralın da uygulamada iktidara ve kamu gücü kullananlara yönelik her türlü eleştiri ve bunların hoşuna gitmeyen her türlü haberin sansürlenmesi ve ortadan kaldırılması için kullanılacağını göstermektedir. Nitekim kuralın yürürlüğe girmesinden itibaren iktidarın hoşuna gitmeyen bütün haberlerin ya içeriğin çıkarılması ya da erişimin engellenmesi suretiyle kamuoyunun erişiminden kaldırıldığını göstermektedir.

İptali istenen kural, George Orwell’in 1984 romanında yer alan konjonktüre göre gerçeklerin her gün yeniden yazılmasından sorumlu hakikat bakanlığının işlevini görmeye adaydır⁵.

Yukarıda belirtildiği gibi unutulma hakkı, kişisel verilerin silinmesini isteme hakkından farklıdır. Avrupa Birliği’nde kişisel verilerin korunması alanında yürürlükte bulunan Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Tüzüğü (“Tüzük”) kapsamında belirli hallerde ilgili kişinin kişisel verilerinin silinmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu haller, söz konusu verilerin toplanma veya işleme amaçları ile ilgili olarak artık gerekli olmaması, ilgili kişinin rızasını/açık rızasını geri alması, ilgili kişinin Tüzüğün 21/1 maddesi uyarınca itiraz hakkını kullanması ve veri sorumlusunun baskın meşru menfaatini ispatlayamaması, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmiş olması, birlik ya da üye devlet hukuku uyarınca silinmesinin gerekmesidir. Bu düzenleme ile paralel olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) kapsamında da ilgili kişi Kanun’da öngörülen şartlar çerçevesinde ayrıca kişisel verilerinin silinmesi ya da yok edilmesini isteme hakkına sahiptir. KVKK’nun 7. maddesi hükmü Tüzük’te yer alan halleri kapsayıcıdır (itiraz hakkı ve meşru menfaate ilişkin hususlar hariç). 7. maddede verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması da silme nedeni olarak öngörülmüştür. Bu maddenin uygulamasının nasıl yapılacağı ise Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik ile somutlaştırılmıştır.

KVKK’dan farklı olarak Tüzük kapsamında unutulma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek olan ilgili kişinin taleplerinin üçüncü kişilere de iletilmesi Tüzüğün 17(2) maddesi kapsamında özel olarak düzenlenmiştir. Ancak bu mutlak bir yükümlülük olmayıp, mevcut teknoloji ışığında bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde veri sorumlusunun makul çabası beklenmektedir. Hükmün uygulanabilmesi için silme talebinin iletildiği veri sorumlusunun verileri kamuya açık hale getirmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple ilgili hüküm Tüzük m. 19’dan ayrılır. Veri sorumlusu özellikle internet aracılığı ile verileri kamuya açık hale getirmiş olması sebebi ile silinmesi talep edilen verileri işleyen geniş çerçevede bir veri sorumlusu dairesine de bu talebi iletmekle yükümlü kılınmıştır. Ancak bu yükümlülüğün çerçevesi mevcut teknolojik imkanlar ve ekonomik gerekçelerle sınırlandırılabilir niteliktedir. Silme hakkı ve unutulma hakkı bakımından getirilen diğer sınırlamalar ise bilgi alma ve ifade özgürlüğü, kamu yararı ya da bir otorite tarafından yapılan bir yetkilendirme dahilinde veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünün yerine getirilmesi, kamu sağlığı, Tüzük m. 89/1

Altıparmak Başvurusu (B. No: 2015/8193, 27.11.2019); Kemal Gözler Başvurusu (2) (B. No: 2015/5612, 10.12.2019); Aykut Küçükçaya Başvurusu (B. No: 2014/15916, 09.01.2020

⁵ Bkz. George Orwell, Bin dokuz yüz seksen dört, çeviri Celal Üster, Can yayınları, 40. Bası 2013, s. 28.

uyarınca bilimsel, tarihsel araştırmalar ile istatistiksel amaçlarla verilerin işleniyor olması ve yasal iddialara ilişkin bir hakkın tesisi, korunması ve savunulması için gerekli olmasıdır.

Unutulma hakkının silme hakkından farkı özellikle internet çağında kişisel verilerin büyük bir hızla paylaşılarak pek çok kişinin erişimine açılması ve ilgili kişinin bunu takipteki çabasının karşılıksız kalabileceğidir. Türk hukukunda Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen N.B.B kararı (B. No. 2013/5653 T. 3.3.2016) ve Yargıtay içtihatları (HGK. E. 2014/56 K. 2015/1679 T. 17.6.2015; 19. CD., E. 2016/15510 K. 2017/5325 T. 5.6.2017) ışığında gelişen uygulama bu hakkın Tüzük kapsamında öngörülen istisnalarını içeren bir dengeleme testi sunmaktadır. Her ne kadar kişisel verilerin ancak kanunla veya kişinin açık rızası ile işlenebileceğİ belirtilmiş ise de Anayasa'da tanımlanan ifade ve basın özgürlükleri kapsamında yapılan bir haberin anılan sınırların istisnası olacağı açıktır. Bu bağlamda temel mesele bireyin geçmişte haber yapılmış ve gerçeğe aykırılığı ileri sürülmemiş davranışlarının artık hatırlanmasının engellenmesidir. Zira ifade ve basın özgürlüğü kapsamında İnternet ortamına yüklenen haber ve fikirler çoğu kez kişisel verilerin de kullanılmasını ve işlenmesini beraberinde getirir. Başka bir ifade ile İnternet ortamındaki ilgili haber arşivlerindeki kişisel verilere veya habere erişimin engellenerek kişilerin yaptıklarının unutulmasının sağlanmasıdır (N.B.B. [GK], B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 43). Nitekim Anayasa Mahkemesi internetin yaygın kullanımı ve basının İnternet'i etkin olarak kullanmasıyla beraber ifade ve basın özgürlükleri ile şeref ve itibarın korunması arasındaki dengenin ilkinin lehine bozulduğunu ifade ettiğİ kararında ifade ve basın özgürlüğü ile şeref ve itibarın korunması hakkının, eşit düzeyde koruma gerektiren temel hak ve özgürlükler olduğunu ifade etmiştir (N.B.B. [GK], B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 46). Bu nedenle bozulan dengenin her iki temel hak arasında tekrar kurulması zorunludur. İnternet haberciliğİ ile birlikte unutulmanın zor olduğı günümüzde anılan dengenin tekrar kurulabilmesi şeref ve itibar yönünden bireylerin unutulma hakkının kabul edilmesi ile mümkün olabileceğİ, bağlamda unutulma hakkının adil dengenin kurulması için vazgeçilmez kabul edilebileceğİ kararda Avrupa birliğı Adalet Divanı Kararına (Avrupa Birliğı Adalet Divanı, Google Spain SL, Google Inc/İspanya Kişisel Verilerin Korunması Kurumu, Mario Costeja Gonzales, C-131/12, 13/5/2014) da atıf yapmak suretiyle belirtilmiştir.

Ancak yukarıda belirtildiğİ gibi unutulma hakkı ifade ve basın özgürlüğü hakkı ile hassas bir şekilde dengelenmesi gereken bir haktır. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. (bkz. AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997), (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. Lingens/Avusturya, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım A.Ş./Türkiye, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78)

İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanaludur. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşüncüyü açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiğİ açıktır.

İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (Benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43). Bu denge kurulurken Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56). Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 61).

Nitekim bu dengeleme testini içerecek şekilde Kişisel Verileri Koruma Kurumu 17.07.2020 tarihinde Kişilerin Ad ve Soyadı ile Arama Motorları Üzerinden Yapılan Aramalarda Çıkan Sonuçların İndeksten Çıkarılmasına Yönelik Talepler Hakkında Kamuoyu Duyurusu yayınlamış ve bu yöndeki şikayetlerin değerlendirilmesi sürecinde öncelikli olarak dikkate alınacak kriterleri belirlemiştir.

Yukarıda belirtildiği gibi Anayasa mahkemesi tarafından belirlenen ilkelerden hiç birine yer vermeyen, herhangi bir denge testi içermeyen ve keyfi bir şekilde siyasal iktidarın hoşuna gitmeyen her türlü haberin silinmesini ve “gerçeğin” yeniden ve tek yanlı olarak tanımlanmasına olanak sağlamak üzere düzenlendiği anlaşılan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine eklenen onuncu fıkra ilişkilendirilmemeye dayanak teşkil edecek kriterlerin ortaya koyulmamış olması sebebi ile Anayasa'nın 2., 13., 26., 27., 28., ve 40. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar Anayasanın 2., 9., 13., 26., 27., 28., 36., 38., 40. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptal edilmeleri gerekir.

6-) 7253 Sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen Ek 4. maddesinin Anayasaya aykırılığı

Madde ile sosyal ağ sağlayıcıların Türkiye'de temsilci atamaları, Mahkemeler BTK veya ESB tarafından yapılacak bildirimlerin bu temsilciye yapılması ve sosyal ağ sağlayıcılar için öngörülen yükümlülüklerin bu temsilciler üzerinden yürütülmesi düzenlenmektedir. Ayrıca sosyal medya platformlarına kişiler tarafından yapılacak başvuruları inceleme yükümlülüğü getirilmiş ve sosyal medya platformlarının Türkiye'den bağlanan kullanıcılarının verilerini Türkiye'de tutma zorunluluğu öngörülmüştür. Diğer taraftan bu yükümlülükler uymayan sosyal ağ sağlayıcılara uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu maddede temel olarak sosyal medyanın kontrol altına alınmasının amaçlandığı görülmektedir.

Yukarıda incelendiği gibi Kanunun 1. maddesiyle yer sağlayıcılar içinde özel bir kategori olarak sosyal ağ sağlayıcılar tanımlanmış ve sosyal ağ sağlayıcılar için bu maddede öngörülen spesifik yükümlülükler öngörülmüştür.

Avrupa Birliği'nde yer sağlayıcılara ilişkin olarak birlik seviyesinde ilk düzenleme bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin olarak 2000/31/EC sayılı Elektronik Ticarete İlişkin Yönerge (“E-Ticaret Yönergesi”) ile yapılmıştır. E-Ticaret Yönergesi uyarınca üye devletler iç hukuklarında hukuka aykırı içerik ve zarar verici içeriğe ilişkin olarak düzenleme yapma yetkisine sahip

olmalarına rağmen uzun bir süre bu alanda katı düzenlemeler yapmaktan kaçınmışlardır. Üye devletlerin çoğu, çeşitli kriterler olmasına rağmen resmi bildirim prosedürleri oluşturmamış, hukuka aykırı içeriklerin kaldırılmasına ilişkin yaklaşımı mahkeme kararlarına ya da akademinin konuyu yorumlamasına bırakmıştır. Bu konuda öngörülen mekanizmalar, çevrimiçi platformlar ile müzakere edilerek öncelikle gönüllülük esasına göre oluşturulmuştur.

Konuya ilişkin kamuoyunda nefret söylemi kanunu olarak bilinen ve pek çok eleştiriye maruz kalan, içerik yönetimine ilişkin ilk düzenleme Sosyal Ağ Kanunu (“NetzDG”) Almanya’da 2017 yılı sonunda kabul edilmiştir.⁶ Düzenleme kabul edilmeden önce uzun bir süre tartışılmıştır. Önce 2015 yılında bir çalışma grubu oluşturulmuş ve konusu suç olan içeriklerin yönetimi ve bu konuda nasıl mücadele edilmesi gerektiği iki seneden uzun bir süre boyunca bu çalışma grubunda değerlendirilmiştir. Tartışmanın odak noktası hukuka aykırı içeriklere ilişkin olarak benimsenecek politikanın ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması gibi temel hak ve özgürlüklere etkisi ile bu etkinin nasıl dengelenmesi gerektiği olmuştur. NetzDG, tasarı döneminden itibaren, uzmanlar tarafından sıklıkla sansür ve ifade özgürlüğünü engelleyen Almanya Anayasasına ve AB hukukuna aykırı bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir. Bu kanun kapsamında ceza kanununda özel hayatın gizliliği, hakaret, nefret söylemi veya politik aşırılık gibi suçlara atıfla bu gibi içeriklere hukuka aykırı içeriklere ilişkin süreçlerin işletmesi düzenlenmiştir. Ancak bu hükümlerin uygulanmasında kamuya mal olmuş kişilere yönelik eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamındaki değerlendirmeler muaf tutulmuştur. Bununla birlikte NetzDG’ye ilişkin olarak 18 Haziran 2020 tarihinde sosyal medya şirketlerinin hukuka aykırı içerikleri Almanya Federal Adli Polisine bildirmelerine ilişkin bir ek düzenleme kabul edilmiştir.

Alman Ağ Uygulama Kanununun amacının sosyal medyada suç teşkil eden içeriklerle özellikle de nefret söylemi ile mücadele etmek olduğu ifade edilmiştir. Kanun, Ceza Kanununda yer alan 22 kategori suç oluşturan hukuka aykırı içeriğin sosyal ağlardan çıkarılmasını düzenlemektedir. Ancak bu içerik çıkarma işlemi tamamen sosyal ağ sağlayıcıların yetkisine bırakılmıştır.

Kanun Almanya’da 2.000.000’den fazla kullanıcısı olan Twitter, Facebook ve Google/YouTube gibi sosyal medya platformlarının hukuka aykırı içerikler yönünden bir şikâyet sistemi kurmasını öngörmektedir. Platformlar aldıkları şikâyetleri belli süreler içinde sonuçlandırma yükümlülüğü altına sokulmuştur. Bir şikâyet aldıklarında, platformlar içeriğin yasa dışı olup olmadığını değerlendirmelidir. İçerik “açıkça kanuna aykırı” ise, platformlar 24 saat içinde şikâyet edilen içerikleri kaldırmalıdır. Diğer yasa dışı olduğu düşünülen içerikler 7 gün içinde kaldırılmalıdır. Kanuna aykırı içeriği kaldırmayan platformlar 50 milyon Avroya kadar para cezasına çarptırılabilirler.

NetzDG ayrıca şeffaflığı sağlamak üzere platformların rapor sunmasını öngörmektedir. Bir platform yılda 100’den fazla şikâyet alırsa, altı ayda bir içerik denetleme uygulamalarını detaylandıran geniş kapsamlı rapor hazırlaması ve yayınlaması gerekmektedir. Yasa, ne tür bilgilerin bu raporlara dahil edilmesi gerektiğini ayrıntılarıyla açıklamaktadır.

Alman Kanununda şikâyetlerin incelenmesi için etraflı bir usul öngörülmüştür ve sosyal medya platformlarının her talebi kabul etme yükümlülüğü yoktur. Hukuka aykırı içerik

⁶ “Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken” (1 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 1 Eylül 2017 tarihli Federal Resmi Gazetede I, s. 3352 de yayınlanmıştır). Kanun’un İngilizce metnine şuradan erişilebilir: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>

şikayetlerini inceleme ve değerlendirme bakımından platformlara geniş yetkiler tanınmıştır. Şikâyet konusu içeriğin hukuka aykırılığı konusunda tereddüt olduğu durumlarda bağımsız kurumlara başvurma imkânı tanınmıştır. Bu kurumların kararlarını platform kabul edecektir. Platformların kararlarını gerekçeli olarak verme ve ilgililere bu gerekçeli kararı tebliğ etme yükümlülüğü de getirilmiştir.

Tebliğatları almak üzere Almanya’da bir temsilci atama yükümlülüğü getirilmiştir.

İdari otoritenin hukuka aykırı içeriğin çıkarılmadığı ya da erişime engellenmediği gerekçesiyle idari ceza verebilmesi için içeriğin hukuka aykırı olduğuna dair bir yargısal karar alma zorunluluğu getirilmiştir. Bu mahkeme idari para cezasını inceleyecek olan mahkeme olacaktır. Almanya’da talep karşısında platformun kararı niye yerine getirmediğini savunması imkânı, bir başka deyişle silahların eşitliği hakkı tanınmıştır.

Alman NetzDG uygulamasında, platformlara kullanıcıların kimliğini açıklama yükümlülüğü, hukuka aykırı içerik dolayısıyla açılan hukuk davası kapsamında getirilmiştir ve bu bilginin açıklanmasına ancak mahkeme karar verebilir.

Alman Kanununda kullanıcı bilgilerini Almanya’da tutma yükümlülüğü getirilmemiştir.

Alman Ağ Uygulama Yasası Tartışmalıdır ve İfade Özgürlüğünü Kısıtlamaktadır

Ağ Uygulama Yasası Almanya’da geniş çaplı tartışmalara neden olmuştur. İfade özgürlüğü açısından getirilen en önemli eleştirilerden biri kanunun öngördüğü usulün hukuka uygun olan çok fazla içeriğin kaldırılmasına neden olacağıdır. Sosyal ağ platformları her şikâyeti ayrıntılı olarak değerlendirmek için gerekli uzmanlığa veya zamana sahip olmadıklarından olası bir ceza ile karşılaşmamak için hukuka uygun içeriği de kaldırma eğiliminde olacağı ileri sürülmüş ve bunun sonucunda “aşırı kaldırma” etkisi ortaya çıkmıştır. Dahası, bu sistem altında aslında yargı tarafından alınması gereken kararlar sosyal medya platformlarına, dolayısıyla özel şirketlere devredilmiş olacak ve yargı fonksiyonu ve icrası özelleştirilmiş olacaktır. Kaldı ki bir içeriğin hukuka uygunluğunu değerlendirebilmek için ülkenin dili ve hukukuna hâkim olmak ve şikâyetin niteliğine göre karmaşık inceleme ve analizler yapmak gerektiğinden şikâyetlerin incelenme maliyeti de bu platform operatörleri bakımından artacaktır. Öngörülen kısa karar süreleri ve ağır para cezaları göz önüne alındığında, platformların, şikâyet edilen içeriğin gerçek niteliğine bakmaksızın şikâyetlere uyma yönünde hareket edeceği, bunun da hukuka uygun içeriklerin çıkarılmasına neden olacağı ileri sürülmüştür.⁷

Ayrıca Alman NetzDG kanunu, içerik sahiplerinin haklarını koruyucu usul öngörmediği, içerik sahiplerine herhangi bir bildirim yükümlülüğü öngörmediği gerekçesiyle de eleştiri konusu olmuştur. Dahası, Almanya’da kanunun anayasaya ve Avrupa hukukuna aykırı olduğuna yönelik ciddi eleştiriler bulunmaktadır ve kanun aleyhine Anayasa Mahkemesine dört farklı başvuru yapılmıştır.⁸ Anayasaya aykırılık savları ifade özgürlüğünün

⁷ Heidi Tworek ve Paddy Leerssen “An Analysis of Germany’s NetzDG Law”; Nisan 2019, https://www.ivir.nl/publicaties/download/NetzDG_Tworek_Leerssen_April_2019.pdf

⁸ Matthias C. Kettemann, “Follow-Up to The Comparative Study in “Blocking, Filtering And Take-Down of Illegal Internet Content”; Mayıs 2019, <https://rm.coe.int/dgi-2019-update-chapter-germany-study-on-blocking-and-filtering/168097ac51>

Esas Sayısı : 2020/76
Karar sayısı : 2023/172

ve kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Avrupa hukukuna aykırılık tezleri ise hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesinin ihlal edildiği argümanına dayanmaktadır.

Benzer şekilde, yakın zamanda Fransa'da yapılan düzenleme 2018 yılında oldukça kapsamlı ve detaylı hazırlanan Avia Raporu'na dayanmaktadır. İlk olarak 20 Mart 2019'da yasa tasarısı olarak meclise sunulmuş ve neredeyse bir yıllık bir görüş ve değerlendirme süreci gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmalar sonucunda tasarı ancak Mayıs 2020'de meclis tarafından onaylanmıştır. Söz konusu yasaya Avrupa Komisyonu, diğer üye devletler ve Fransız halkı tepki göstermiştir. İfade özgürlüğü ve platformlara getirmiş olduğu yükümlülükler bakımından yoğun bir şekilde kamuoyunda eleştirilen düzenlemenin katı hükümleri Fransa Anayasa Konseyi tarafından iptal edilmiştir.

Fransız Anayasa Konseyi 18 Haziran 2020 tarihinde (Karar no. 2020/801 DC, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>) sosyal medyada yer alan hukuka aykırı içeriklerin 24 saat içinde çıkarılmasını ve çıkarılmaması halinde ağır idari para cezaları (250.000 Avro) verilmesini öngören nefret söylemi yasasının çoğu düzenlemesini (Avia Kanunu olarak bilinen ve 13 Mayıs 2020 tarihinde Ulusal Mecliste kabul edilen Kanunu http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0388_texte-adoptee-seance#B2298414350) anayasaya aykırı bulmuştur. Ulusal Meclis tarafından kabul edilen kanun 2004 tarihli Dijital Ekonomi Kanunu'nun 6. maddesinde değişiklikler öngörüyor ve Fransa'dan günlük 2 milyonun üzerinde kullanıcısı olan sosyal medya şirketleri ve arama motorlarının bir içeriğin açıkça hukuka aykırı olduğunun (Fransız ceza yasalarında suç olarak düzenlenen nefret söylemi, cinsel şiddet, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar, kölelik vb gibi suçları öven ve teşvik eden içerikler) kullanıcılar tarafından bildirilmesi halinde 24 saat içinde içeriğin çıkarılmasını öngörüyordu. Bu nitelikteki içeriklerin 24 saat içinde çıkarılmaması halinde kişiler hakkında 250.000 Avro, şirketler için ise Fransız Ceza Kanunu m.131-38 uyarınca 1.250.000 Avro'ya kadar çıkabilecek adli para cezası verilmesini öngörüyordu. Ayrıca şirketler için Ulusal Düzenleyici Kurum tarafından, öngörülen çeşitli idari yükümlülüklere aykırılık halinde, 20 milyon Avro ya da şirketin yıllık gelirlerinin %4'üne kadar idari para cezası verilmesini de öngörüyordu.

Yasada hukuka aykırı içerik teriminin suç teşkil eden ölüm tehdidi, ayrımcılık, soykırım inkârı gibi geniş anlamda nefret söylemi içeren ifadeler için kullanıldığı belirtilmiştir. Anayasa Konseyi belirtilen bu listenin neyin hukuka uygun ya da aykırı olduğunu belirlemeyi zorlaştırdığı, çok kısa sürede karar verme zorunluluğu nedeniyle bir içeriğin hukuka aykırı olup olmadığını inceleyecek uzmanlardan yardım alma olanağı olmadığını ve öngörülen ağır cezalar dikkate alındığında bunun sosyal medya şirketlerinin kolay sansür yolunu seçmesine neden olacağını belirterek yasanın ifade özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü haklarına aykırı olduğuna karar vermiştir. (<https://www.lawfareblog.com/whats-going-frances-online-hate-speech-law>)

Karşılaşılan hukuki meselelerin benzerliği sebebiyle, Fransız Anayasa Konseyi'nin kararındaki temel argümantasyonu burada detaylı olarak göstermekte fayda vardır. İhtilafı Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrası; idari otoritenin, sunuculardan ve internet üzerindeki iletişim servislerinin editörlerinden, terör içerikli ya da çocuk pornografisi içeren içeriklerin kaldırılmasını isteyebileceğini ve 24 saat içinde içeriğin kaldırılmaması halinde, ilgili içeriklerin adreslerini, hemen erişimi engellemeleri için internet servis sağlayıcılarına bildirmelerini öngören 2004-575 sayılı Kanun m.6-1'i değiştirmektedir. Buna göre; editörlerin ve sunucuların ilgili içerikleri kaldırmak için sahip oldukları süre 24 saatten bir saate indirilmiş;

bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halindeyse, bir yıl hapis ve 250.000 avro para cezası öngörülmüştür.

Konsey, Anayasa'nın 34. maddesi uyarınca, yasa koyucunun, serbest iletişim hakkının ve konuşma, yazma ve basma özgürlüğünün icrasına ilişkin olarak kural koyabileceğini belirtmiştir. Yine, yasa koyucunun, ifade ve iletişim özgürlüğünün, kamu düzenine ve üçüncü kişilerin haklarına zarar veren kötüye kullanımına mani olacak düzenlemeler getirebileceğini ifade etmiştir. Buna karşın, ifade ve iletişim özgürlüğünün, icrasının demokrasinin ve diğer haklara saygının bir güvencesi olması ölçüsünde değerli olduğunu belirtmiştir. Bu özgürlüğe getirilecek sınırlamalar, izlenen amaç bakımından gerekli, uygun ve ölçülü olmalıdır.

Söz konusu içeriklerin hukuka aykırı niteliklerinin belirlenmesi, bu niteliğin "açık" oluşuna dayanmamaktadır. Bu niteliğin değerlendirilmesi, yalnızca idareye tevdi edilmiş durumdadır. Ayrıca, kaldırma istemine karşı başvuru yapılması, yürütmenin durdurulmasını sağlamamaktadır ve editöre veya sunucuya içeriğin kaldırılması veya ulaşılamaz hale getirilmesi için bırakılan bir saatlik süre, kaldırmadan önce bir hakim kararı almaya olanak tanımamaktadır. Nihayet; söz konusu isteği karşılamayan sunucu veya editör, bir yıl hapis ve 250.000 avro para cezasına çarptırılabilir.

İhtilafı m.1-1; yasa koyucunun, ifade ve iletişim özgürlüğüne uygun, gerekli ve ölçülü olmayan bir müdahalede bulunmuş olması sebebiyle, Anayasa'ya aykırıdır.

Konsey, bu Anayasa'ya aykırılık tespitinin doğrudan sonucu olarak, Kanun'un önüne getirilen başka bazı düzenlemelerinin de Anayasa'ya aykırılığını tespit etmiştir.

Bunun yanında, Kanun'un 1. maddesinin yukarıda değinilen ikinci fıkrası, 2004-575 sayılı Kanun'un 6. maddesine bir ikinci fıkra eklemektedir. Bu düzenleme, bazı internet platformu operatörlerine, cezai müeyyide tehdidi altında, nefret ya da cinsellikle ilgili hukuka aykırı bazı içeriklerin 24 saat içerisinde kaldırılması ya da erişilemez hale getirilmesi yükümlülüğünü getirmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca; ilgili kararnamede tanımlanmış bazı internet platformu operatörleri, kendilerine belirli suçları oluşturan içeriklerle ilgili olarak yapılan bildirimler üzerine, ilgili içeriklerin söz konusu suçlara ilişkin özellikleri açık şekilde taşınması halinde, söz konusu içerikleri kaldırmak ya da erişilmez hale getirmek yükümlülüğündedir. Konsey, yasa koyucunun bu yönde bir düzenleme yaparak, kamu düzenini ağır şekilde bozan eylemlerin icrasını engellemeyi ve böyle eylemleri öven sözlerin yayılmasına mani olmayı istediğini saptamıştır.

Buna karşın;

Kaldırma yükümlülüğü, herhangi bir kişinin, kimliğini, içeriğin bulunduğu yeri ve açık şekilde hukuka aykırılığın yasal dayanağını bildirmesi halinde doğmaktadır. Bu yükümlülük, ne bir hakim müdahalesine ne de başka bir koşula bağlıdır.

İnternet platformu operatörleri, yalnızca açık şekilde hukuka aykırı içerikleri kaldırma yükümlülüğüne sahiptir. Ancak, kaldırmayı gerektiren içeriklerle ilgili olarak yasa koyucu çok sayıda suçu listelemiştir. Öte yandan, kaldırmanın gerekli olup olmadığına ilişkin inceleme, bildirimde ifade edilen hukuki gerekçeyle sınırlı da olmamak gerekmektedir. Bu durumda, operatörün, bildirilen içeriği, kaldırmayı gerektiren bütün suçlar açısından incelemesi gerekmektedir.

İçeriğin açıkça hukuka aykırılığının tespitinin değerlendirilmesinin zorluğu ve vuku bulabilecek bildirimlerin çokluğu, 24 saatlik sürenin son derece kısa olduğunu göstermektedir.

Her ne kadar yasa koyucu; suç kastının, bildirilen içeriğin orantılı ve gerekli incelemesinin yokluğundan çıkarılabileceğine ilişkin bir kayıt koymuşsa da, bu norm, kapsamı belirlenebilir şekilde yazılmamıştır. Ayrıca, örneğin bildirim sayısının çokluğunun dikkate alınması gibi, cezai sorumluluğu kaldıran başka herhangi bir hüküm getirilmemiştir.

Son olarak, ilgili yükümlülüğün yerine getirilmemesinin cezası, 250.000 avro para cezasıdır. Üstelik, her kaldırma yükümlülüğü ihlali için ayrı bir ceza öngörülmüştür.

Konsey; açık hukuka aykırılığın öngörülen sürede değerlendirilmesinin güçlüğüne, ilk ihlalde cezanın öngörülmesinin ve cezai sorumluluğu ortadan kaldıran özel hükümlerin bulunmamasının; operatörleri, açıkça hukuka aykırı olsunlar ya da olmasınlar, kendilerine bildirilen içerikleri kaldırmaya teşvik edebileceğini ifade etmiştir. Bu durum ise; ifade ve iletişim özgürlüğünün icrasına gerekli, uygun ve ölçülü olmayan bir müdahale oluşturmaktadır ve Anayasa'ya aykırıdır.

Konsey, bu Anayasa'ya aykırılık tespitinin doğrudan sonucu olarak, Kanun'un önüne getirilen başka bazı düzenlemelerinin de Anayasa'ya aykırılığını tespit etmiştir.

İfade ve haberleşme özgürlüğü bakımından gerek Avrupa Parlamentosu gerekse akademi tarafından yoğun eleştirilere konu olan bu düzenlemeler karşısında AB birlik seviyesinde hukuka aykırı içerik ve çevrimiçi platformların sorumluluğu bakımından bir düzenleme yapmanın önemine eğilerek bu konuda adımlar atmaya başlamıştır. 29 Ocak 2020 tarihinde açıklanan Avrupa Komisyonu'nun 2020 çalışma programında bulunan "Dijital çağa uygun bir Avrupa" önceliği uyarınca Digital Service Act üzerinde çalışılacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda eş zamanlı olarak AB seviyesinde E-Ticaret Yönergesi'nin güncellenmesini de içeren Digital Service Act kapsamında içerik yönetimine ilişkin düzenlemelere yönelik çalışmalar devam etmektedir.

İçerik yönetimine ilişkin düzenlemelerde kurulması gereken menfaat dengesinin önemini Avrupa'da yaşanan bu mevzuat gelişmeleri ortaya koymaktadır. Bu gelişmeler internete erişim, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı etkisi yoğun olan bir düzenlemenin etki analizi yapılmaksızın hızla kabulü sonrasında çeşitli sorunların doğabileceğinin somut örnekleridir.

Birleşmiş Milletler, İfade Özgürlüğü Özel Raportörü David Kaye 2017 yılında özel şirketlere içerik çıkarma yükümlülüğü getirilmesine ilişkin bir görüş yayınlamıştır.⁹ Bu görüşünde Özel Raportör, özel şirketlere içerik çıkarma yükümlülüğü getirilmesine ilişkin düzenlemelerin ifade özgürlüğü açısından kaygı verici olduğunu belirtmiş ve "aşağılama", "hakaret" gibi muğlak kavramlarla bilginin yayılmasının yasaklanmasının Uluslararası Medeni Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Raportör çıkarılması istenen içeriğin hukuka aykırılığının büyük ölçüde dile getirildiği bağlamla ilişkili olduğunu ve platformların bu bağlamı değerlendirme pozisyonunda bulunmadığına dikkat çekmiştir. "Sosyal ağ" kavramının muğlaklığına da değinen raportör, bu muğlaklığın yasanın uygulanacağı platformlar açısından belirsizlik ve öngörülemezlik doğurduğuna dikkat

9 Bu görüşü özel Raportör Alman NetzDG kanun tasarısına ilişkin olarak yayınlamıştır. <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>

çekmiştir. Öngörülen cezaların yüksekliğinin ve inceleme sürelerinin kısalığının da platformları hukuka uygun içerikleri çıkarmaya yöneltebileceği uyarısında bulunmuştur.

İfade özgürlüğü ve özel hayata yönelik her türlü müdahalenin her türlü siyasi, ticari ya da istenilmeyen etkiden uzak bağımsız organlarca ve keyfi ve ayrımcı tutumlardan uzak bir şekilde uygulanması gerektiğini (A/HRC/17/27) hatırlatarak yargı denetiminden uzak bir şekilde ticari şirketlere üçüncü kişilerin içeriklerini çıkarma yetkisi tanınmasının uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olduğunu belirtmiştir.

Ayrıca Özel Raportör, hukuka aykırı içeriğin saklanması ve mahkeme kararıyla açıklanmasını öngören hükmün kişilerin anonim olarak ifadede bulunma hakkını zedeleyebileceğini belirtmiştir (A/HRC/29/32). Anonimliğe ilişkin bu tür sınırlamaların özellikle yargısal denetim eksikliği durumunda devletlerin sakıncalı içeriği yayan ya da erişen kişileri takip etmesini kolaylaştıracağını ifade eden Raportör, şikayetlerin ve tedbirlerin belgelenmesini ve belirsiz bir süre saklanmasını zorunlu tutan düzenlemelerin, söz konusu verilerin kötüye kullanımını önleyecek mekanizmalar öngörülmediği takdirde kişilerin devlet takibine karşı daha kırılğan hale geleceği uyarısında bulunmuştur. Bu tür düzenlemelerin özel ticari şirketlerin çok büyük miktarda kişisel veriyi toplamasına izin verdiğini ve özel sektöre bu verilerin gizliliğini ve güvenliğini sağlama konusunda önemli sorumluluklar yüklediğini belirtmiştir (A/HRC/23/40). Ayrıca bu tür düzenlemelerin kendi haklarının ihlal edildiğini ileri süren kullanıcılara mahkeme kararı olmaksızın üyelerin bilgilerine erişme imkânı verebileceği kaygısını dile getiren Raportör, devletin ve devlet dışı aktörlerin hukuksuz ve keyfi müdahalelerine karşı anonimliğin korunmasının ifade ve düşünce özgürlüğünün korunması açısından hayati bir önemi olduğunu vurgulamıştır. Bu tür bir açıklama için mahkeme kararı koşulunun aranmamasının usul güvencelerini etkisiz hale getireceğini ve özel hayatın ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin sıkı gereklilik testi şartına uymadığını ifade etmiştir (A/HRC/29/32).¹⁰

a) Birinci ve ikinci fıkralar yönünden

7253 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4. maddenin birinci fıkrasında Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcısının Kurum, Birlik, adli veya idari makamlarca gönderilecek tebligat, bildirim veya taleplerin gereğinin yerine getirilmesi ve kişiler tarafından Kanun kapsamında yapılacak başvuruların cevaplandırılması ve Kanun kapsamındaki diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesini temin için yetkili en az bir kişiyi Türkiye'de temsilci olarak belirleyeceği ve bu kişinin iletişim bilgilerine kolayca görülebilecek ve doğrudan erişilebilecek şekilde internet sitesinde yer vereceği hüküm altına alınmıştır. İkinci fıkrada ise bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde 5 aşamalı bir yaptırım zinciri öngörülmüştür. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ilk uygulanacak olan yaptırımlar idari para cezası iken devamı halinde reklam yasağı ve son olarak da internet trafiği bant genişliğini %90 oranında daraltma yaptırımı öngörülmüştür.

Başta ülkede temsilci atama yükümlülüğü olmak üzere, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımlar da hem sosyal medya platformlarının hem de sosyal medya kullanıcılarının pek çok temel hakkına müdahale teşkil edecektir. Sosyal medya platformları için öngörülen temsilci atama yükümlülüğü başta bu platformların teşebbüs özgürlüğüne müdahale teşkil etmektedir. Ancak dolaylı olarak bütün sosyal medya

¹⁰ Ibid.

kullanıcıların ifade, haberleşme ve özel hayat haklarına da müdahale oluşturacaktır. Aynı şekilde para cezası ve reklam yasağı yaptırımları platformların mülkiyet ve sözleşme özgürlüklerine müdahale oluşturacaktır. İnternet trafiği bant genişliğinin yüzde doksan oranına kadar daraltılması yaptırımı ise doğrudan sosyal medya kullanıcılarının iletişim hakkı, ifade özgürlüğü, özel hayata saygı, haberleşme özgürlüğü ile basın özgürlüğüne müdahale teşkil eder.

İletişim hakkı, ifade özgürlüğünü, karar alma süreçlerine katılımı ve özel hayata saygı hakkını içeren bir kavramdır. İfade özgürlüğü, muhalif görüşleri ifade etmeyi ve iktidarı eleştirmeyi de içerir ve Anayasa'nın 26. maddesiyle anayasal bir hak olarak teminat altına alınmıştır. İnternet erişimi ise ifade özgürlüğünden yararlanmayı sağlayan temel bir araçtır. İfade özgürlüğünün güvence altında olmadığı ve bireylerin birbirleriyle kamu işleri hakkında bilgi ve fikir alışverişinde bulunmadığı yerde demokratik bir katılımdan söz etmek mümkün değildir.

Çağımızın temel araçlarından biri olan internet, hayatın hemen her alanında etkin olarak kullanılmaktadır. Verilerin saklanması ve erişilebilirliğini büyük ölçüde kolaylaştıran internet, bilgiye ulaşma ve bilgi ve düşüncelerin paylaşılması açısından çok etkili ve yaygın bir yöntem olduğu gibi kişilerin haberleşme ve iletişim sağlaması için de vazgeçilmez niteliktedir. İnternetin modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemi tartışmasızdır (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 21). Yine AİHM'nin işaret ettiği üzere, "bireyler için internette kendilerini ifade etme olanağı, eşi görülmemiş bir ifade özgürlüğü aracıdır" (AİHM, Cengiz ve diğerleri-Türkiye, başvuru no: 48226/10 14027/11, 01/12/2015, §52)

Kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olarak yaygın şekilde kullanılan ve geleneksel yöntemlere göre gittikçe daha çok tercih edilen internetin haberleşme hürriyeti kapsamında olduğuna kuşku yoktur. Anayasa'nın 22. maddesinde 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesinden de internetin anılan madde kapsamında kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bununla beraber internet yalnızca haberleşme ve iletişim sağlamaya münhasır olmayıp başka amaçlar için de etkin olarak kullanılmaktadır.

Günümüzde sosyal medya olarak da ifade edilen internet siteleri dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği ve haberleşme sağladıkları bir mecra hâline gelmiştir.

Günümüzde ve özellikle pandemi dönemi süresince pek çok büyük ya da küçük ölçekteki işletme operasyonlarını internet ortamına taşımış ve bu süreçte müşteri ve kullanıcıları ile sosyal medya platformlarına vermiş oldukları reklamlar aracılığı ile temas halinde kalabilmiştir. Nitekim sosyal ağ sağlayıcılarla bu dönemde Ticaret Bakanlığı ile işbirliği içerisinde KOBİ'lerimize, esnafımıza, ihracatçımıza, ticaret erbabına ve vatandaşlarımıza hizmetlerin dijitalleştirilmesinin faydalarıyla sunulması için eğitimler ve olanaklar yaratılmıştır. Kobilerin yarısından fazlası sosyal medya üzerinden ürün tanıtımı, pazarlama gibi işlemler yürütmektedir. 2018 yılında 1.7 milyon KOBİ Facebook üzerinden ticaret yapmıştır. Bu sayı Türkiye'deki KOBİ'lerin %55'ine tekabül etmektedir ve KOBİ'lerin Facebook üzerinden reklam vererek ürettiği katma değer 15.3 milyar TL'dir. Bu şekilde 135 farklı ülke ile ticaret yapılmıştır. Bu arada AİHM de, internet aracılığıyla gerçekleşen iletişimin, kazanç sağlamaya yönelik olduğu zaman dahi Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü öngören 10. maddesinin koruması altında olduğunu ifade etmektedir (AİHM, Ashby Donald ve diğerleri-Fransa, başvuru no: 36769/08, 10/01/2013, §34).

Temsilci atama zorunluğu serbest ticaret ilkelerine aykırı olduğu gibi, amacı da sosyal medya üzerinde sansür sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Zira dünyada sosyal medya platformlarına en çok içerik çıkarma talebi Türkiye’den gitmektedir. Bu platformlar şeffaflık ilkeleri gereği kendilerine gelen içerik çıkarma taleplerine ilişkin istatistikleri yayınlamaktadırlar. Platformlar kendi etik değerlendirmelerine göre nefret söylemi, ırkçılık, terör tehdidi, şiddet savunuculuğu, tehdit, sövme, hakaret olarak gördükleri içerikleri çıkarmaktadırlar. Ancak Türkiye’den gönderilen taleplerin önemli bir kısmı bu platformların tabi olduğu ülkelerin hukukuna ya da uluslararası hukuka göre ifade ve basın özgürlüğu kapsamında kaldığından, platformlar tarafından söz konusu talepler yerine getirilmemektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi Türkiye’de idari ve yargısal kararlarla yüzbinlerce internet sitesi veya internet içeriği erişime engellenmiştir. İfade Özgürlüğu Derneğinin EngelliWeb Raporuna göre 2019 yılı sonu itibariyle 408.494 alan adı ve İnternet sitesi erişime engellenmiştir. Bunun yanı sıra 2019 sonu itibariyle 130.000 URL adresine, 7000 Twitter hesabına, 40.000 tweete, 10.000 YouTube videosuna ve 6.200 Facebook içeriğine de 5651 sayılı Kanun ve diğer kanunlara dayalı olarak erişime engellenmiştir.¹¹ Yine yukarıda açıklandığı gibi Anayasa Mahkemesi bugüne kadar 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinin uygulanmasına ilişkin onbeşden fazla ihlal kararı vermiş ve Ali Kılık kararında sulh ceza hakimlikleri tarafından uygulanması gereken “ilk bakışta ihlal” (prima facie) doktrinini geliştirmiştir. Ne var ki, 2019 yılında bu maddeye göre verilen 62.000’den fazla karardan yalnızca 22’sinde sulh ceza hakimlikleri tarafından bu ilke uygulanmış ve ilk bakışta ihlal değerlendirmesi yapılmıştır.¹² Yine 5651 sayılı Kanun’un 8/A maddesine göre 400’e yakın idari tedbir kararıyla 21.000’den fazla içerik erişime engellenmiştir. 2019 sonu itibarıyla 19 farklı sulh ceza hakimliğince onaylanan ve tespit edilen toplam 397 8/A kararıyla yaklaşık 2.000 tane haber sitesi ve alan adı, 650’den fazla haber linki, 3.000’den fazla Twitter hesabı, yaklaşık 3.000 tweet, 600’e yakın Facebook içeriği ve 1.600’den fazla YouTube videosu olmak üzere 21.000’den fazla adrese erişim engellenmiştir.¹³ Anayasa Mahkemesi Birgün (Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş., B. No: 2015/18936, 22.05.2019) kararında bu madde açısından da ilk bakışta ihlal doktrininin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Kanunda açık bir şekilde erişimin engellenmesinin URL bazlı yapılacağı belirtilmesine rağmen hiçbir gerekçe göstermeden haber siteleri topyekûn erişime engellenmektedir. Anayasa Mahkemesi bugüne kadar en az beş kararda haber sitelerinin topyekûn erişime engellenmesinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiş olmasına rağmen¹⁴ 2020 yılı başında OdaTv’nin beş farklı alan adı topyekûn erişime engellenmiştir. Aynı şekilde Independent Türkçe’nin dört ayrı alan adı topyekûn erişime engellenmiştir.

2019’un birinci yarıyılı içinde Türkiye’den Twitter’a 388 mahkeme kararı ve 5.685 diğer çıkartma talebi gönderildiği ve bu taleplerle 8.993 Twitter hesabının kapatılmasının talep edildiği görülmektedir. Twitter ise 2019’un birinci yarıyılı içinde sadece 264 hesabı ve 230 tweeti Türkiye’den görünmez kıldığını açıklamıştır. EngelliWeb rapor çalışmasında da 2019 yılı içinde Türkiye’den sulh ceza hakimlikleri kararlarıyla erişimi engellenen 1.484 Twitter

¹¹ EngelliWeb 2019 Raporu, s. 3 https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf

¹² Ibid. s. 38.

¹³ Ibid. s. 14.

¹⁴ Bkz. (Baran vakfı Twitter hesabı ve Diken haberine ilişkin) Baransav ve Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş., B. No: 2015/18581, 26.09.2019; (Yüksekova güncel habersitesine ilişkin) Cahit Yiğit Başvurusu, B. No: 2016/2736, 27.11.2019; (Siyasihaber.org sitesine ilişkin) Tahsin Kandamar Başvurusu, B. No: 2016/213, 28.11.2019; Wikimedia Foundation ve Diğerleri, Başvurusu, B. No: 2017/22355, 26.12.2019; (Sendikaorg sitesine ilişkin) Ali Ergin Demirhan, B. No: 2015/16368, 11/3/2020.

hesabı tespit edilmiştir.¹⁵ Dünya genelinde, genel toplamda Twitter'dan toplam 181.271 hesabın kapatılması veya ülke bazında görünmez kılınması talep edilirken, Twitter toplamda sadece 2.877 hesabı kapatmış veya görünmez kılmıştır. Şikâyet konusu hesap sıralamasında Türkiye 84.258 (%46) hesapla ilk sırada yer alırken, 16.209 hesapla Rusya ikinci sırada ve 10.960 hesapla Japonya üçüncü sırada yer almıştır. Kapatılan veya görünmez kılınan hesaplar sıralamasında da Türkiye 2.243 (%77) hesapla ilk sırada yer alırken, 308 hesapla Rusya ikinci sırada ve 205 hesapla Hindistan üçüncü sırada yer almıştır.¹⁶

Bu durumda sosyal medya platformlarının Türkiye'den gönderilen yargı kararlarını uygulamadığı tezi anlamsızlaşmaktadır. Zira bu kararların tamamını sosyal medya platformları uygulasa AYM tarafından ihlal kararı verilinceye kadar ifade özgürlüğüne yönelik ihlaller devam edecektir.

Aşağıda detaylı bir şekilde açıklanacağı üzere iptali istenen kurallar sosyal medya platformları ve sosyal medya kullanıcıların mülkiyet ve teşebbüs haklarına, sözleşme özgürlüklerine, kullanıcıların haberleşme, ifade, basın ve bilim özgürlüklerine müdahale teşkil etmektedir.

Temel haklara yönelik müdahalelerin anayasaya uygunluğundan söz edebilmek için öncelikle ilgili maddelerde belirtilen meşru bir amaç taşıması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi yasanın gerekçesinde ifade edilen temsilci atama yükümlülüğünün amacının mahkeme kararlarını uygulamak olduğu amacının ikna edici olmadığı açıktır. Diğer taraftan sosyal medya platformlarının kazançlarından vergi alma amacı olduğu da gerekçede yer almaktadır. Ancak yukarıda belirtilen hakların sınırlandırma nedenleri arasında vergi elde etme amacı yer almadığı gibi başka bir ülkede o ülke yasalarına göre kurulan ve faaliyetlerini başka bir ülkede yürüten bir işletmenin kazançlarından vergi elde etme isteğinin ne ölçüde meşru bir amaç olduğu da tartışmalıdır. Nihayetinde Türk vatandaşları tarafından hizmetlerinden yararlanılmış olması bu şirketlerin Türkiye'de faaliyet gösterdiği anlamına gelmemektedir. Eğer devlet söz konusu hizmetten yararlanan Türk vatandaşlarının harcamalarından vergi almak istiyorsa bunun yolu vergi kanunlarında değişiklik yapmaktır.

Diğer taraftan bu yükümlülük bütün sosyal ağ sağlayıcılar açısından değil, Türkiye'den günlük erişimi bir milyonun üzerinde olan ağ sağlayıcılar için geçerlidir. Ancak bu tespitinin nasıl yapılacağı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Bu belirsizlik hangi platformların yasaya ve yasada öngörülen yükümlülüklerle ve yaptırımlara tabi olduğu konusunda öngörülemezlik yaratmakta ve idareye keyfi davranma imkânı tanımaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

¹⁵ EngelliWeb 2019, s. 41.

¹⁶ Ibid, s. 44.

Bu bağlamda, hukuk devletinde, günümüz çağdaş ve uygar toplumlarında, haberleşme hürriyetini, ifade hürriyetini ve basın hürriyetini gerçekleştirmenin bir vasıtası ve -deyim yerinde ise- bir uzantısı olan internet olgusuna ve erişimine ilişkin düzenlemeler yapılırken, kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve hukukun ana kurallarına bağlı kalmak durumundadır. O halde, haberleşme hürriyetinin, ifade hürriyetinin ve basın hürriyetinin kullanılmasının ve geliştirilmesinin önündeki engellerin kaldırılması; söz konusu hak ve hürriyetlerin kullanılmasını güçleştirecek, iletişimin engellenmesini kolaylaştıracak ve hızlandıracak düzenlemelerden kaçınılması, haberleşme, iletişim ve basın hukukunun ana kurallarının ve “hukuk devleti” ilkesinin gereklerindedir. Zirâ, çağımızda “haberleşme”nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Ulaşılabilirlikleri ve büyük miktarlarda veriyi saklama ve yayma kapasiteleri sayesinde, internet siteleri, kamunun güncel bilgilere erişimini iyileştirmeye ve bilginin iletilmesine büyük bir katkı sağlamaktadır (AİHM, Delfi AS-Letonya, başvuru no: 64569/09, 16/06/2015 , §133). AİHM'nin de işaret ettiği üzere, giderek artan sayıda hizmete ve bilgiye artık yalnızca internet üzerinden ulaşılabilir (AİHM, Kalda-Estonya, başvuru no: 17429/10, 19/01/2016 , §52). 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. Sosyal ağ sağlayıcılara getirilen temsilci atama yükümlülüğü ve yaptırımı Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan “Haberleşme hürriyeti”nin, 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan “İfade hürriyeti”nin ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen “Basın hürriyeti”nin ve Anayasa'nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı 13. maddesinin -özellikle demokratik toplum bakımından- açık bir biçimde ihlâli anlamına gelmekte ve dolayısı ile, mezkûr hak ve hürriyetleri teminat altına alan Anayasamızın “demokratik hukuk devleti” ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” denilmektedir. Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Anayasanın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması da mümkün bulunmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyeti ile sahip olduğu özel teşebbüs kurma serbestisine sahip olduğu, devletinde özel teşebbüsleri güvenli ve kararlılık içerisinde sosyal amaçlarına uygun çalışmasını temin edecek tedbirler almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması anlamına gelmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir (AYM, E.2017/154, K.2019/18, 10/04/2019, § 11).

Atanan temsilcinin gerçek kişi olması halinde Türk vatandaşı olmasını öngören kuralın meşru bir amacı olmadığı gibi sözleşme özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir.

Kural ile öngörülen müdahale, yalnızca yükümlülük sahibi sosyal ağ sağlayıcının değil, onunla ilişki içerisinde bulunan reklam vererek ticari hayatını devam ettiren özel teşebbüslerin de çalışma ve sözleşme hakkını zedelemekten öte ortadan kaldırmakta, hizmet sunmaktan, ticaret yapmaktan, kazanmaktan, maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirme ve koruma haklarından yoksun bırakmaktadır. Bu açık bir şekilde hakkın özüne dokunan bir müdahaledir. Çağdaş demokrasiler, demokratik hukuk devletlerinde hak ve özgürlüklerin en geniş şekilde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler ise, haklara müdahale eden kuralların anılan nitelimeye uygun biçimde dar yorumundan kaçınarak değerlendirilmesi gerekir.

Hukuk devletinden, hak ve özgürlükleri koruması her alanda güçlenerek, adaletli bir düzen sağlaması, hakka saygılı, hakkın elde edilmesini kolaylaştıran önündeki engelleri kaldıran, mutluluğu amaç edinen hakkaniyetli, müdahale eden kural içeriğinin, bireyin davranış direncine izin verecek ölçekte olması beklendiğinde, kamu yararı ile birey hakları arasında adil bir dengenin de gözetilmiş olması zorunludur. Nitekim Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. Hukukun genel prensibi gereği "hukuken korunması gereken amaçla", bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı "hukuki himaye yönteminin yani aracın" orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 02/10/2014). Kuralda yer alan reklam yasağı ve bant genişliğinin daraltılması yaptırımları; "amaç-araç" dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü ile sözleşme ve çalışma özgürlüğü haklarına yönelik ölçüsüz sınırlama teşkil etmektedir.

Yükümlülüğün zorlayıcı olması bakımından yaptırım olarak seçilen araçlar, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak ölçülülük değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Sosyal ağ sağlayıcının yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması sebebi ile maruz kalacağı yaptırım salt onu değil, bütün bireyleri ve sosyal medya üzerinden ticari faaliyetlerini yürüten gerçek ve tüzel kişileri de etkileyecektir.

Öte yandan söz konusu maddede öngörülen yaptırım zinciri çerçevesinde “Reklam yasağı kararının verildiği tarihten itibaren üç ay içinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde Başkan, sosyal ağ sağlayıcının internet trafiği bant genişliğinin yüzde elli oranında daraltılması için sulh ceza hâkimliğine başvurabilir.” hükmüne yer verilerek yaptırımın uygulanmasına ilişkin olarak muğlak ve belirsiz ifadelere yer verilmiştir. Anayasamızın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin “kanun”la sınırlanması ölçütüne göre bir düzenlemenin yalnızca şekli anlamda değil maddi anlamda da kanun şartlarını taşıması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir (AYM, E.2015/76, K.2017/153, 15/11/2017, § 30).

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. 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 hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır (AYM, E.2015/72, K.2016/44, 26/5/2016, § 7). Anayasa’da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde güvence altına alınan haklara bir sınırlama imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun’da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması da gerekmektedir (bkz. Yıldırım/Türkiye, B .No: 3111/10, 18.12.2012, § 59). Söz konusu kural ise yaptırımları bakımından bu açıklık ve kesinlikten yoksun olup Anayasa’ya aykırıdır.

Diğer yandan ise Anayasa Mahkemesi tarafından pek çok kararında belirtilmiş olduğu üzere sosyal ağ sağlayıcıları, medya içeriğini oluşturmak yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan platformlardır. Sosyal medya platformları günümüzde sosyal medyada dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve tanıtımların yapıldığı etkili bir alan haline gelmiştir. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olup, bu tür sitelere yapılan müdahalelerin milyonlarca bireysel kullanıcıyı etkilediği açıktır (Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 40). Tedbir niteliğinde dahi olsa, sitenin tamamının erişime kapatılması ya da buna yol açacak sitenin fonksiyonlarını yerine getirememesi kullanıcılar tarafından ulaşılamaması sonucunu doğurabilecek bant genişliğinin daraltılması tedbirinin uygulanması halinde bütün bireysel kullanıcıların siteden yararlanması imkânsız hale gelmektedir.

Bu nedenle 7253 sayılı Kanununun 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanun’a eklenen Ek 4. maddenin birinci ve ikinci fıkraları araç amaç bağlantısının kurulmamış olması, tek bir özel

hukuk kişinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle tüm toplumun cezalandırılmasını öngördüğünden Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 27., 28., 35. ve 48. maddelerine aykırıdır iptal edilmeleri gerekir.

b) Ek 4. Maddenin Üçüncü Fıkrası Yönünden

7253 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4. maddenin üçüncü fıkrasında Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılar Kanun'un 9. ve 9/A maddeleri kapsamındaki içeriklere yönelik olarak kişiler tarafından yapılacak başvurulara, başvurudan itibaren en geç kırk sekiz saat içinde olumlu ya da olumsuz cevap vermekle yükümlü kılınmış ve bu kapsamda verecekleri olumsuz cevapların gerekçeli olacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin altıncı fıkrasında ise bu yükümlülüğü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcıya beş milyon Türk lirası, idari para cezasının Başkan tarafından verileceği hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 5. maddesi kapsamında devletin temel amaç ve görevlerinin Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma olduğu belirtilmiştir. Bu doğrultuda devletin vatandaşlarını korumaya yönelik olarak sosyal ağ sağlayıcılara ilgili kişilerin kişilik hakkı ihlallerine ilişkin olarak başvurabileceği bir kanal oluşturması yerindedir. Ancak bu koruma hali hazırda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasında "İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir" hükmü ile tesis edilmiştir. Uyarı yöntemi olarak 5651 sayılı Kanun'un tanımlar maddesinde de yer alan bu düzenlemeye karşın, sosyal ağ sağlayıcılar bakımından günlük erişim üzerinden getirilen bir sınırlama yapılan söz konusu düzenleme açısından belirsizlik yaratmaktadır.

Yani Kanun'un 9. ve 9/A maddelerinde kişilik haklarının ve özel hayat hakkının ihlal edildiğini ileri süren kişiler için bu haklarına yönelik ihlalin kaldırılmasını isteyebilecekleri hızlı hak arama mekanizmaları öngörülmüştür. O mekanizmalar hala yürürlükteyken bir de ek 4. madde ile doğrudan sosyal ağ sağlayıcılara başvuru olanağı tanınmaktadır.

Bir özel şirkete kişilerin ifade ve haberleşme özgürlüklerine müdahale yükümlülüğü öngören böyle bir düzenlemenin Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü Özel Raportörü David Kaye tarafından Alman NetzDG yasasıyla ilgili olarak dile getirdiği bütün sakıncaları içermektedir ve Anayasanın 22 ve 26. maddelerinde güvence altına alınan temel hakları ihlal etmektedir.

Birleşmiş Milletler, İfade Özgürlüğü Özel Raportörü David Kaye 2017 yılında özel şirketlere içerik çıkarma yükümlülüğü getirilmesine ilişkin görüşünde¹⁷ özel şirketlere içerik çıkarma yükümlülüğü getirilmesine ilişkin düzenlemelerin ifade özgürlüğü açısından kaygı verici olduğunu belirtmiş ve "aşağılama", "hakaret" gibi muğlak kavramlarla bilginin

¹⁷ <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>

yayılmasının yasaklanmasının Uluslararası Medeni Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Raportör çıkarılması istenen içeriğin hukuka aykırılığının büyük ölçüde dile getirildiği bağlamla ilişkili olduğunu ve platformların bu bağlamı değerlendirme pozisyonunda bulunmadığına dikkat çekmiştir. “Sosyal ağ” kavramının muğlaklığına da değinen raportör, bu muğlaklığın yasanın uygulanacağı platformlar açısından belirsizlik ve öngörülemezlik doğurduğuna dikkat çekmiştir. Öngörülen cezaların yüksekliğinin ve inceleme sürelerinin kısalığının da platformları hukuka uygun içerikleri çıkarmaya yöneltebileceği uyarısında bulunmuştur.

İfade özgürlüğü ve özel hayata yönelik her türlü müdahalenin her türlü siyasi, ticari ya da istenilmeyen etkiden uzak bağımsız organlarca ve keyfi ve ayrımcı tutumlardan uzak bir şekilde uygulanması gerektiğini (A/HRC/17/27) hatırlatarak yargı denetiminden uzak bir şekilde ticari şirketlere üçüncü kişilerin içeriklerini çıkarma yetkisi tanınmasının uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olduğunu belirtmiştir.¹⁸

Özel Raportör tarafından dile getirilen endişeler nitekim Fransız Anayasa Konseyi tarafından da paylaşılmış ve benzer bir şekilde nefret söylemi içeren içeriklerin 24 saat içinde sosyal medya platformları tarafından çıkarılmasını aksi takdirde yüksek idari cezalar öngören bir yasayı ifade ve haberleşme özgürlüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.¹⁹

Yukarıda belirtildiği gibi sosyal medya kullanıcılarının Haberleşme (m.22), ifade (m.26, bilim ve sanat (m.27) ve basın (m.28) özgürlüklerine özel şirketler tarafından müdahale edilmesine olanak tanıyan kural bir taraftan çok kısa bir sürede, kırk sekiz saat içinde karar verilmesini zorunlu tutmaktadır. Bu süre gerçek bir inceleme yapmak için yeterli olmadığı gibi içerik sağlayıcıya haber verilmesini ve onun görüş ve itirazlarının alınmasına da olanak tanımamaktadır. Diğer taraftan 48 saat içinde karar verilmemesi halinde altıncı fıkraya göre BTK Başkanı sosyal medya platformuna beş milyon TL idari para cezası verebilecektir. Üstelik yasa sosyal medya platformlarının sadece ret kararlarını gerekçeli olarak vermelerini zorunlu tutmuştur. İçeriğin çıkarılmasına karar vermeleri halinde buna ilişkin gerekçe gösterme yükümlülüğü öngörülmemiştir. Üstelik bu kararlar yargı denetimine tabi tutulmadığı gibi herhangi bir itiraz usulü de düzenlenmemiştir.

Bu haliyle düzenleme hem Anayasal ilkelere hem de uluslararası insan hakları standartlarına aykırıdır. Özel şirketlere temel haklara müdahale yetkisi verilmesi, hatta bunun yasa ile zorunlu hale getirilmesi başta Anayasanın 5. maddesinde devlete yüklenen pozitif ödevin ihlali anlamına gelmektedir.

Diğer taraftan öngörülen kısa süre ve ağır para cezası şirketleri tartışmalı içerikleri çıkarmaya zorlayacaktır ki bu uluslararası insan hakları organlarının ve Anayasa Mahkemesinin çatışan haklar durumunda her iki hakkın da eşit değerinde olduğu ve bu haklar arasında hassas bir dengeleme yapılması gerektiği yönündeki içtihatları ile bağdaşmamaktadır. AİHM başta Von Hannover/Almanya (B. No. 2004) ve Axel Springer AG/Almanya ([BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012) Von Hannover/Almanya (no.2) ([BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 99) kararları olmak üzere onlarca kararda kişilik hakları ile ifade özgürlüğünün eşit değerinde korumaya sahip olduğu ve bu hakların çatışması halinde hassas bir dengelenme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi de ilk bireysel başvuru kararlarından itibaren

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Bkz. Yukarıdaki açıklamalar: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>

hakların eşitliğini ve hassas bir dengeleme yapılması gerektiğine vurgu yapmıştır (Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 56). Ancak kanunda öngörülen süre sınırlaması ve karşı tarafın görüşlerinin alınması imkanı tanınmaması bu dengelemeye imkan vermediği gibi sadece ret kararı verilmesi halinde gerekçe gösterme zorunluluğu getirilmiş olması da ifade ve haberleşme özgürlükleri ile bireylerin kişilik haklarının eşit değerde ele alınması gerektiği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Kısa süre, ret kararı verilmesi halinde gerekçe zorunluluğu ve öngörülen ağır para cezası ifade özgürlüğü kapsamında korunması gereken içeriklerin gereksiz yere platformlarca kaldırılmasına neden olacaktır. Gerçekten de; gelebilecek taleplerin muhtemel yoğunluğu da dikkate alındığında, şirketlerin, ifade özgürlüğüyle kişilik hakları arasında vuku bulan ve çözümü sıklıkla uzmanlık gerektirebilecek hukuki ihtilaflarla ilgili olarak böylesine kısa sürede karar vermeleri ve ret kararlarını gerekçeli olarak hazırlamaları imkansızdır. İhtilafı kural sonucunda, yeterli kapsam ve ivedilikte hukuki değerlendirme imkanları olamayacak şirketlerin ağır yaptırım riskinden kaçınmak için ifade özgürlüğünü sansürleyen mekanizmalara dönüşecekleri açıktır.

Diğer taraftan AİHM erişim engellemelerine ilişkin yakın tarihli Rusya aleyhine verdiği dört kararda erişime engelleme tedbirinin uygulanmasında içerik sahiplerine sürece dahil olma ve kendi argümanlarını ileri sürme imkânı verilmemesini yasanın keyfi müdahalelere karşı yeterli güvence içermemesi olarak nitelendirmiştir (OOO Flavus ve Diğerleri/Rusya, nos. 12468/15, 23489/15 ve 19074/16, 23.06.2020, para. 40; Engels/Rusya, no. 61919/16, 23.06.2020; ve Bulgakov/Rusya, no. 20159/15, 23.06.2020, para. 35; Kharitonov/Rusya, no. 10795/14, 23.06.2020, para.43). Dolayısıyla içerik sahiplerinin eşit olarak sürece dahil olması ve kendi argümanlarını dile getirebilmesi gerekir. Yasa böyle bir olanak tanımamaktadır ve üstelik de kaldırma kararlarında gerekçe gösterme yükümlülüğü de öngörülmemiştir. Bu da açıkça ifade ve haberleşme özgürlüklerine müdahalede usul güvencelerinin eksik olduğunu ve ifade özgürlüğüyle kişilik hakları arasında Anayasa'ya dayanmayan genel geçer bir hiyerarşi oluşturulduğunu göstermektedir.

Dahası yasada platformlar tarafından kaldırılan içerik sahiplerinin bu karara itiraz edebileceklerine ilişkin bir düzenleme de yer almamaktadır. Dolayısıyla bu özel şirketler aleyhine ancak hukuk davası açabilirler ki bu da uzun yargılama süreleri ve yüksek dava masraflarına katlanma zorunluluğu anlamına gelmektedir ki böyle bir düzenlemenin çatışan haklar arasında hassas bir denge gözettiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle kural sosyal medya kullanıcılarının Anayasanın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğü, 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, 27. maddesinde güvence altına alınan bilim ve sanat özgürlüğü, 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğüne ölçüsüzce müdahale edilmesine imkân verdiğini göstermektedir ve Anayasanın bu maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan kural sosyal ağ sağlayıcıların da temel haklarına müdahale teşkil etmektedir. Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine güvence altına alınmıştır. "Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğünün bir parçası olan özel teşebbüs özgürlüğü "herkes" yönünden güvenceye bağlanmıştır. Özel teşebbüs özgürlüğü, her gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyeti ile mesleğini Devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, özel teşebbüs özgürlüğü mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş olup maddenin ikinci fıkrasında, "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." hükmüne yer verilmek suretiyle "millî ekonominin gerekleri" ve "sosyal amaçlar"la bu özgürlüğe sınırlamalar getirilebilmesine imkân sağlanmıştır. Nitekim maddenin gerekçesinde de "Devlet, kamu yararı olan hallerde ve millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınırlamalar getirebilir." denilerek, "millî ekonominin gerekleri" ve "sosyal amaçlar"ın özel teşebbüs özgürlüğü yönünden birer sınırlama sebebi olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 13. maddesi "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." Hükmünü içermektedir.

Özel teşebbüs özgürlüğü, iktisadi-ticari faaliyette bulunan veya mesleki faaliyet yürüten kişinin çalışma koşullarını, ticari işletme organizasyonun teşkilatlanma biçimini, müşteri ve kullanıcıları ya da ticari hayatta sözleşme kurduğu kişiler ile ilişkilerini düzenleyebilme serbestisini de içerir. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş olup, kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Söz konusu kural ile tesis edilmek istenen Türkiye Vatandaşlarının kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde bir başvuru mekanizması oluşturulması amacı ile maddede getirilen araç örtüşmemektedir. Nitekim maddede de belirtilmiş olduğu üzere söz konusu yükümlülük günlük erişimi bir milyondan fazla olan sosyal ağ sağlayıcılar için getirilmiştir. Günlük erişimi bir milyondan fazla olan sosyal ağ sağlayıcılarının tek bir kişiyi bu başvuruları almaya yetkili kılması işlevsel olmadığı gibi hayatın olağan akışı içerisinde yerine getirilmesi mümkün olmayan bu yükümlülüğü bağlanan idari para cezası söz konusu teşebbüslerin tamamen faaliyetlerini durdurmalarına neden olabilecektir. İptal edilmesi istenen kural, şirketleri; Anayasa'ya aykırı olan ve altından kalkamayacakları idari para cezalarına karşı kendilerini korumakla, sosyal ağ kullanıcılarının ifade özgürlüklerinin ilgili sosyal ağ sağlayıcıları tarafından haksız şekilde sınırlandırıldığı düşüncesine sahip olmalarına yol açmaktan kaçınmak arasındaki çözümsüz ikileme itmektedir. Her iki durumda da; yani ciddi sayı ve yekûnlarda para cezalarına maruz kalma halinde olduğu gibi, sosyal ağ kullanıcılarının ifade özgürlüklerine saygı gösterilmediği gerekçesiyle ilgili sosyal ağ hesaplarını kapatmaları durumunda da, ilgili teşebbüslerin varlıklarını idame ettirebilmeleri mümkün olmayacaktır. İhtilafli kural, bu itibarla, teşebbüs özgürlüğünün özüne dokunmaktadır ve Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

Bu itibarla 7253 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen Ek madde 4'ün üçüncü fıkrası araç amaç bağlantısının kurulmamış olması, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesi ve bu ilkenin "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkesi ile bağdaşmaması, özel teşebbüslerin sözleşme ve iş kurma özgürlüklerine tamamen ortadan kaldırıcı şekilde müdahalede bulunması sebebi ile Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 48. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2., 5., 13., 22., 26., 27., 28. ve 48. maddelerine aykırıdır iptal edilmesi gerekir.

c) Ek 4. Maddenin Beşinci Fıkrası Yönünden

7253 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4. maddenin beşinci fıkrasında Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcının, Türkiye'deki kullanıcıların verilerini Türkiye'de barındırma yönünde gerekli tedbirleri alacağı hüküm altına alınmıştır.

Böyle bir yükümlülük getirilmesinin nedeni yasada açıklanmamış olmakla birlikte kamu otoritelerinin gerektiğinde bu verilere el koymasına imkân vermek olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu başta kişilerin kimliğini gizleyerek, yani anonim bir şekilde görüşlerini ifade etme özgürlüğünü tehdit etmektedir. Daha da önemlisi bireylerin Anayasanın 25 ve 15. maddelerinde mutlak bir şekilde koruma altında olan görüş sahibi olma hakkını tehdit etmektedir. Zira kişilerin sosyal medyada sadece dile getirdiği görüşler değil, takip ettiği kişiler, ziyaret ettiği sayfalar, okuduğu iletiler, beğendiği görüşler gibi doğrudan bir görüş sahibi olma hakkına ilişkin bilgiler de sosyal medya platformlarında bulunmaktadır ve bu verilerin ülkede tutulması zorunluluğu Anayasanın 25. maddesi kapsamında hiçbir sınırlamaya tabi olmayan ve mutlak bir şekilde korunan görüş sahibi olma hakkını tehdit etmektedir.

Birleşmiş Milletler İfade özgürlüğü Özel Raportörü David Kaye 2015 yılında ifade özgürlüğü ve özel hayat hakkı bakımından şifreleme ve anonimlik hakları üzerine kapsamlı bir rapor yayınlamıştır(A/HRC/29/32).²⁰ Bu raporda BM belgelerinde özel hayatın gizliliğinin diğer haklardan yararlanma özellikle de ifade özgürlüğünden yararlanma açısından bir geçit kapısı olduğunun vurgulandığı hatırlatılarak dijitalleşme çağında görüş sahibi olma hakkının niteliğinin de dönüşüm geçirdiğine vurgu yapılmış ve dijitalleşme ile birlikte kişilerin sahip olduğu görüşleri öğrenmenin hem devlet hem de devlet dışı aktörler bakımından çok kolaylaştığına dikkat çekilmiştir. Kişilerin yaptıkları aramalar, ziyaret ettikleri sayfalar, okudukları görüşler vb yoluyla dijital olarak görüşlerini açıkladığı ve bunların korunmasında şifreleme ve anonimliğin önemli bir işlev gördüğü vurgulanmıştır.²¹

Ayrıca sansürün yaygın olduğu baskıcı devletlerde muhalif görüşlerin yasaklanması ya da çeşitli şekillerde bastırılması durumunda haber ve görüşlere erişme hakkından yararlanma açısından VPN, Tor veya Proxy kullanarak kişisel bilgileri anonimleştirmenin evrensel ifade özgürlüğünden yararlanma araçları olarak işlev görebileceği belirtilmiştir.²² Şifreleme ve anonimlik ve bunların arka planında yer alan güvenlik kavramları dijital çağda ifade özgürlüğünün hayata geçirilmesi için gerekli olan gizliliği ve güvenliği sağladığını belirtmiş ve bu güvenliğin ekonomik özgürlükler, özel hayatın gizliliği, adil yargılanma, barışçıl gösteri ve toplanma, örgütlenme, yaşam hakkı ve fiziksel bütünlük gibi diğer temel haklardan yararlanmak açısından da hayati olduğunu belirtmiştir. İfade özgürlüğü açısından önemini dikkate alarak şifreleme ve anonimlik konusundaki sınırlamaların yasallık, gereklilik, ölçülülük ve meşru amaca uygunluk ilkelerine uyması gerektiğini belirtmiştir. Bu yönde devletlere, uluslararası örgütlere ve özel sektöre ve sivil topluma yönelik tavsiyelerde bulunmuştur. Şifreleme ve anonimliğe ilişkin tartışmaların internetin terör amacıyla kullanımına hapsedilmemesi gerektiğini vurgulamış ve olağanüstü durumların devletleri uluslararası insan

²⁰ <https://undocs.org/en/A/HRC/29/32>

²¹ İbid. Para.20.

²² İbid, para. 23.

hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerinden muaf hale getirmediğini de özellikle hatırlatmıştır. Şifreleme ve anonimliğin toplumda en zayıf durumda ve hukuka aykırı müdahaleler bakımından en çok risk altında olan grupların ifade özgürlüğünü korumaya hizmet ettiğini de belirten özel raportör bunlara yönelik sınırlamaların görüş sahibi olma hakkına müdahaleye izin vermemesi gerektiğini de belirtmiştir.²³

Bazı ülke yüksek mahkemeler de anonimlik hakkını tanımıştır. Mesela Kanada Yüksek Mahkemesi anonim kullanıcıların kimliğinin yargı kararı olmaksızın açıklanmasına yönelik bir düzenlemeyi iptal etmiştir.²⁴ Kore Anayasa Mahkemesi anonim kullanıcılığı yasaklayan bir yasayı anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.²⁵ ABD Yüksek Mahkemesi anonim ifade özgürlüğünün anayasal güvence olduğunu kabul etmektedir.²⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de yakın tarihli bir kararında İnternet sansürlerini aşmaya olanak tanıyan teknolojiler konusunda bilgi veren sitelerin erişime engellenmesinin Sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkeme, bu teknolojilerin sadece suç teşkil eden içeriğe ulaşmak için kullanıldığı yönündeki savunmaya katılmamış ve bu teknolojilerin içerik bakımından tarafsız olduğunu belirtmiştir (Engels/Rusya, no. 61919/16, 23.06.2020).

Benzer şekilde Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü Özel Raportörü Alman Sosyal Ağ yasasına ilişkin görüşünde, hukuka aykırı içeriğin saklanması ve mahkeme kararıyla açıklanmasını öngören hükmün kişilerin anonim olarak ifadede bulunma hakkını zedeleyebileceğini belirtmiştir. Anonimliğe ilişkin bu tür sınırlamaların özellikle yargısal denetim eksikliği durumunda devletlerin sakıncalı içeriği yayan ya da erişen kişileri takip etmesini kolaylaştıracağını ifade eden Raportör, şikayetlerin ve tedbirlerin belgelenmesini ve belirsiz bir süre saklanmasını zorunlu tutan düzenlemelerin, söz konusu verilerin kötüye kullanımını önleyecek mekanizmalar öngörülmediği takdirde kişilerin devlet takibine karşı daha kırılgan hale geleceği uyarısında bulunmuştur. Bu tür düzenlemelerin özel ticari şirketlerin çok büyük miktarda kişisel veriyi toplamasına izin verdiğini ve özel sektöre bu verilerin gizliliğini ve güvenliğini sağlama konusunda önemli sorumluluklar yüklediğini belirtmiştir (A/HRC/23/40). Ayrıca bu tür düzenlemelerin kendi haklarının ihlal edildiğini ileri süren kullanıcılara mahkeme kararı olmaksızın üyelerin bilgilerine erişme imkânı verebileceği kaygısını dile getiren Raportör, devletin ve devlet dışı aktörlerin hukuksuz ve keyfi müdahalelerine karşı anonimliğin korunmasının ifade ve düşünce özgürlüğünün korunması açısından hayati bir önemi olduğunu vurgulamıştır. Bu tür bir açıklama için mahkeme kararı koşulunun aranmamasının usuli güvenceleri etkisiz hale getireceğini ve özel hayatın ve ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin sıkı gereklilik testi şartına uymadığını ifade etmiştir (A/HRC/29/32).²⁷

Bütün bu açıklamalar Türkiye'deki kullanıcıların verilerini Türkiye'de bulundurma yükümlülüğü öngören kuralın sosyal medya kullanıcılarının Anayasanın 20 maddesinde güvence altına alınan özel hayatın korunması hakkına, 22. maddesinde korunan haberleşme özgürlüğüne, 25. maddesinde güvence altına alınan düşünce özgürlüğüne, 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yönelik müdahale teşkil ettiği ve meşru bir amacının bulunmadığını göstermektedir. Verilerin Türkiye'de bulunmaması, ifade özgürlüğünün, istisnai

²³ İbis, para. 56-63.

²⁴ R. v. Spencer (2014).

²⁵ Decision 2010 Hun-Ma 47, 252 (consolidated) 28.08.2012.

²⁶ McIntyre v. Ohio Elections Commission (1995), s. 342, 343.

²⁷ <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-DEU-1-2017.pdf>

olarak bu yönde bir gereklilik olduğunda, uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki ortak standartlara uygun şekilde sınırlanmasına mani olmayacaktır. Bu açıdan, ihtilafı kuralın, demokratik bir topluma yaraşır herhangi bir kamu yararı düşüncesinden hareket etmediği ortadadır. Bu nedenle kural Anayasanın sözü edilen maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan kural sosyal ağ sağlayıcıların anayasal haklarına da müdahale teşkil etmektedir. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Kural ile sosyal ağ sağlayıcılara soyut bir yükümlülük yüklenmekte ve bu yükümlülüğün çerçevesi çizilmemektedir. Sosyal ağ sağlayıcıların Türkiye'deki kullanıcılarının verilerini Türkiye'de tutma yönünde alabileceği gerekli tedbirlerin ortaya konulmamış olması hukuki belirlilik ilkesinin açık, net anlaşılır ve uygulanabilir olmasını karşılamamaktadır.

Dünyada milyonlarca kullanıcısı olan platformlar ciddi maliyetler ile veri merkezlerinin yerlerini iklim, güvenlik, enerji, mevzuat, yatırım teşvikleri, işgücü gibi pek çok kriteri göz önünde bulundurarak belirlemektedir. Genel olarak bu platformlarda tutulan veriler kullanıcıların yerleşim yeri üzerinden gruplandırılmamakta olup veriler bütünsel ve yedekleri şeklinde saklanmaktadır. Verilerin yerel bir şekilde depolanmasını zorunlu kılmak ve/veya verinin bir kopyasının yerel bir şekilde depolanmasını zorunlu kılmak bütün şirketlerin omzuna oldukça zorlayıcı ekonomik külfet getirmekte olup, bireylerin özgürce ve ücretsiz olarak hizmet alabilmesine engel olmaktadır.

Dünya çapında kullanıcısı olan şirketlere Birleşmiş Milletler üyesi 193 devlet tarafından yerel veri depolama yükümlülüğünün atfedilmesinin, internette sosyal ağ kullanıcılığının sonu olacağını kestirmek zor değildir. Şirketler yatırım maliyetlerini karşılayabilseler dahi veri yönetim sistemlerinin güncellenmesine ilişkin düzenli giderleri karşılayamaz hale gelebilecektir. Bu giderler ve veri depolanmasının yerelleşmesi, kullanıcıların verisini yetkisiz erişim, veri sızması ve yabancı casus ve suçlu hackerlar gibi kötü aktörlerin hareketleri gibi istenmeyen durumlara karşı korumasız kılacaktır. Bununla birlikte yeni girişimlerle ve rekabet ile beslenen dijital ekosistem, maliyetleri kaldıramayacak olan yeni girişimlere tamamen kapanabilecek ve bu durum monopol yaratılmasına sebebiyet verecektir.

Veri yerelleştirilmesi ekonomik büyüme açısından da risklidir. Özellikle bilişim sektörünün ülke ekonomisine, istihdamına ve gayrisafi milli hasılasına yapacağı katkı göz önünde tutulduğunda devletlerin kendi topraklarında faaliyet gösteren şirketlere veri yerelleştirilmesi zorunluluğunu getirmesi ekonomik büyüme potansiyeline sekte vuracaktır. Nitekim böyle bir veri yerelleştirme zorunluluğu serbest ticaret kurallarına da aykırılık teşkil edebilecektir. Bilindiği üzere Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye arasında ticaret hacminin 100 milyar dolara çıkarılması hedefi bulunmakta olup, yabancı yatırımcının Türkiye'de böyle bir yatırıma zorlanması ülkemizin uluslararası ticaret ve ekonomi politikalarına yönelik imajını zedeleyecektir.

Dijitalleşen dünyada hizmet sunumları ve uyum politikaları uyarınca sunucuların reel konumları önemini kaybetmekte olup, bu alanlara erişim politikaları belirleyici olmaktadır.

Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." denilmektedir. Devletin bu tedbirleri alırken temel amaç ve görevleri Anayasa madde 5'te belirtilmiştir. Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. Bu doğrultuda çağımızda önemi gittikçe artan internet ekosistemi içerisinde çerçevesi belirli olmayan uygulanabilir de olmayan bu yükümlülük Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2., 13., 20., 22., 25., 26. ve 48. maddelerine aykırıdır.

d) Ek 4. maddenin sekizinci fıkrası yönünden

7253 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4. maddenin sekizinci fıkrasında hukuka aykırılığı hâkim veya mahkeme kararı ile tespit edilen içeriğin sosyal ağ sağlayıcıya bildirilmesi durumunda, bildirimle rağmen yirmi dört saat içinde içeriği çıkarmayan veya erişimi engellemeyen sosyal ağ sağlayıcı, doğan zararların tazmin edilmesinden sorumlu tutulmuş ve bu hukuki sorumluluğun işletilmesi için içerik sağlayıcının sorumluluğuna gidilmesi veya içerik sağlayıcıya dava açılması şartı aranmayacağı hükmü düzenlenmiştir.

Hüküm ile yer sağlayıcılara yönelik bir tazminat sorumluluğu getirilmektedir. Öncelikle böyle bir sorumluluk internet düzenlemelerinin genel prensibi olan yer sağlayıcının içerikten sorumlu olmaması sebebiyle 5651 sayılı Kanun sistematigi ile bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte zarar ve zararın tazmini borçlar hukukuna ilişkin bir sorun olup, nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49 vd maddelerinde, özellikle 57. maddesinde düzenlenmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 58. maddesi de benzer düzenlemeleri içermektedir. Ancak bu düzenlemelerde görülmektedir ki basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu ikincildir ve bunların sorumluluğuna gidilmesi için bazı ön şartlara bağlanmıştır (örn. TTK 58/1). Bu halde mahkeme kararının kendisine bildiriminden itibaren içeriği kaldırma yükümlülüğü 5651 sayılı Kanunda düzenlenen yer sağlayıcıya yönelik ek bir tazminat sorumluluğunun düzenlenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Öte yandan zarar ve tazminat borçlar hukukuna ilişkin terimler olup tazminatın istenebilmesi için zararın ispat edilmesi gerekmektedir. İspat edilen zararın maddi karşılığı ise çoğu zaman uyuşmazlık konusudur. Öyle ki bu zararın hesaplanmasında mahkemeler çoğunlukla bilirkişi incelemesi yaptırmaktadır. Bu bakımdan zarar ve tazminata ilişkin borçlar hukuku kurallarının hiçe sayılarak hak arama özgürlüğünün bertaraf edilmesi sonucunu doğurabilecek hukuka aykırılıktan sorumlu olan içerik sağlayıcısına başvurma, dava açma şartının dahi aranmadığı bir düzenleme hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Ayrıca kural ile öngörülen yükümlülüğün kapsamı da belli değildir. 5651 sayılı Kanunda hukuki niteliği çok farklı erişimin engellenmesi kararları vardır ancak bu kararlardan bir kısmı koruma tedbiri niteliğindedir, mesela 8. ve 8/A maddesindeki kararlar koruma tedbiri niteliğinde olup, içeriğin hukuka aykırılığı konusunda nihai bir karar olarak nitelendirilemez.

9. maddede öngörülen karar ise özel bir hak arama niteliğine sahiptir ve Anayasa Mahkemesi de bu kararın tedbir niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla bu karar da içeriğin hukuka aykırılığına ilişkin nihai bir karar olarak nitelendirilemez.

Dolayısıyla öngörülen yükümlülüğün kapsamının ne olduğu belli değildir ve sosyal ağ sağlayıcılar açısından öngörülemez bir yükümlülük niteliği taşımaktadır. Bu nedenle kural açıkça Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Diğer yandan ise 5651 sayılı Kanun'da düzenlenen söz konusu sorumluluğun kusursuz sorumluluk hali olduğu anlaşılmaktadır. Sorumluluk hukukunun temelinde neminem laedere (hukuka aykırı olarak kimseye zarar vermeme) ilkesi bulunmaktadır. Zira sorumluluk hukukunun öncelikli amacı, bu ilkeye aykırı davranışlarla bir başkasına zarar verilmesi durumunda, zararın zarar görenden zarar verene aktarılmasıdır. Bir başka deyişle, zarar gören sebep olduğu zararı karşılamakla yükümlüdür. Ancak zarar verenin sadece bir zarara sebep olması yeterli değildir. Ayrıca, nulla indemnitas sine culpa (kusursuz tazminat olmaz) ilkesi gereğince zarar verenin kusuru da aranmaktadır. Bu kapsamda, sorumluluğunun kurulması için kural olarak, dört temel unsur aranmaktadır. Bu unsurlar, kusur, hukuka aykırılık, zarar ve zarar ile zarara sebep olan olay arasında uygun nedensellik bağının bulunması şeklinde sıralanabilir. Öte yandan kanunlarımızda kusursuz sorumluluk halleri de düzenlenebilmektedir. İstisnai olan bu düzenlemelerde sorumluluğun kurulması kusur yerine özel olarak öngörülen bir olguya (sebeplilik esası) bağlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, sebeplilik esası, bir kusursuz sorumluluk rejiminin öngörülmesi için tek başına yeterli değildir. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk rejiminin kabul edilebilmesi için sebeplilik esasının yanı sıra kusur ilkesinden ayrılmaya neden ihtiyaç olduğunu gerektirendiren başka esaslar da aranır. Kusursuz sorumluluk istisna olup öngörülmesi için birden fazla esas (veya gerekçe) gerekmektedir. Bu halde yer sağlayıcının içerikten sorumlu olmaması, sorumluluğunun ikincil olması ve tamamen soyut bir zarar tazmini sorumluluğu altında bırakılmasını konu edinen söz konusu düzenleme Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Özellikle böyle bir Kanun hükmü sosyal ağ sağlayıcıları üzerinde bir baskı kurarak içerik değerlendirmelerini etkileyebilecek ve sansür uygulamalarına sebebiyet verebilecektir. Bu halde ise Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan "Haberleşme hürriyeti"nin, 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "İfade hürriyeti"nin ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen "Basın hürriyeti"nin ve Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinin açık bir biçimde ihlâli anlamına gelmekte ve dolayısıyla, mezkûr hak ve hürriyetleri teminat altına alan Anayasamızın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2., 13., 22., 26., 28. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptal edilmesi gerekir.

e) Ek 4. maddenin dördüncü, altıncı, yedinci, dokuzuncu ve onuncu fıkraları yönünden

7253 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4. maddenin dördüncü, altıncı, yedinci, dokuzuncu ve onuncu fıkralarında yukarıda incelenen fıkralarda anayasaya aykırılığı ortaya konulan kuralların uygulanmasına ve uygulanmaması halinde öngörülen yaptırımlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Dördüncü fıkraya göre Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcı, kendisine bildirilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına ve üçüncü fıkra kapsamındaki başvurulara ilişkin istatistiksel ve kategorik bilgileri içeren Türkçe hazırlanmış raporları altı aylık dönemlerle Kuruma bildirir. Üçüncü fıkra kapsamındaki başvurulara ilişkin rapor, kişisel verilerden arındırılmak suretiyle sosyal ağ sağlayıcının kendi internet sitesinde de yayınlanır.

Bu kural sosyal ağ sağlayıcının Türkiye'de temsilci ataması önkoşuluna dayanmaktadır. Yukarıda birinci ve ikinci fıkralara ilişkin açıklamalarda temsilci atama yükümlülüğünün anayasaya aykırı olduğu ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Dolayısıyla aynı anayasaya aykırılık nedenleri bu fıkra açısından da geçerlidir.

Altıncı fıkrada, üçüncü fıkradaki yükümlülüğü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcıya beş milyon Türk lirası, dördüncü fıkradaki yükümlülüğü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcıya ise on milyon Türk lirası idari para cezasının Başkan tarafından verileceği düzenlenmiştir.

Yukarıda üçüncü fıkraya ilişkin açıklamalarda getirilen şikayetleri inceleme yükümlülüğünün anayasaya ve uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olduğu ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Söz konusu Anayasaya aykırılık, yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırım açısından da geçerlidir. Aynı şekilde dördüncü fıkrada belirtilen raporlama yükümlülüğünün anayasaya aykırı olduğu, birinci ve ikinci fıkralarla bağlantılı olduğu ve anayasaya aykırı olduğu açıklanmıştır. Dolayısıyla söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırım da aynı gerekçelerle Anayasaya aykırıdır.

Yedinci fıkrada Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılar hakkında 8 inci ve 8/A maddeleri kapsamında verilecek olan idari para cezalarının bir milyon Türk lirası olarak, 8 inci ve 9 uncu maddeleri kapsamında verilecek olan adli para cezaları ise elli bin gün olarak verileceği, söz konusu idari para cezasını gerektiren ihlallerin bir yıl içinde her bir tekrarında cezaların bir kat artırılarak uygulanacağı düzenlenmiştir. Yukarıda 8. ve 9. maddelerde yapılan değişikliklerin Anayasaya aykırı olduğu ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Öngörülen idari ve adli para cezaları Anayasa aykırı iken getirilen düzenleme ile yurt dışında bulunan sosyal ağ sağlayıcılara ayrı ve daha yüksek para cezası verilmesinin Anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik hakkına aykırı olduğu ve ayrımcı nitelik taşıdığı açıktır.

Sosyal ağ sağlayıcılar yer sağlayıcıların bir alt kategorisi olup, yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara diğer yer sağlayıcılardan daha ağır ceza verilmesini meşrulaştıracak objektif bir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle kural açıkça Anayasanın 10. maddesine de aykırıdır.

Dokuzuncu fıkrada maddenin uygulanmasında sosyal ağ sağlayıcının yükümlülüklerinin, içerik veya yer sağlayıcısı olmasından doğan sorumluluk ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı kuralına yer verilmiştir.

Bu kuralın kanunda yer alan kavramlar arasında ciddi bir anlam karışıklığına neden olduğu açıktır. Sosyal ağ sağlayıcı yer sağlayıcının spesifik bir kategorisi olup hem yer sağlayıcı hem de sosyal ağ sağlayıcı olarak ayrı ayrı sorumlu tutulması kavramsal olarak anlamsızdır. Sosyal ağ sağlayıcının aynı zamanda yer sağlayıcı olması da tanım gereği imkansızdır. Twitter, Facebook, Youtube, Instagram gibi platformların kendi alanlarında yayınladıkları duyurular ve

bilgilendirmeler açısından içerik sağlayıcı olarak nitelenmesi mümkün olup, iptali istenen kural bu duyuru ve açıklamalar için ayrı sorumlulukları doğacağını düzenlemektedir.

Dolayısıyla hukuk devletinin temel gereklerinden biri olan yasaların belirli olması ve hukuk sisteminin kendi içinde tutarlı birbiriyle uyumlu kurallar içermesi ilkesinin açıkça ihlal edildiği ortadadır. Bu belirsizlik aynı zamanda Anayasanın 38. maddesinde öngörülen suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırıdır. Bu nedenle kural Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Onuncu fıkrada ise maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Kurum tarafından belirleneceği kuralına yer verilmiştir. Buna göre maddenin uygulanmasıyla ilgili usul ve esasları BTK belirleyecektir. Öncelikle madde öngörülen tüm düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Dolayısıyla anayasaya aykırı olan kuralların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar da anayasaya aykırı olacaktır.

Diğer taraftan kuralda öngörülen düzenlemelerin önemli bir kısmının belirsiz olduğu yukarıda ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu kuralların aynı zamanda pek çok temel hak ve özgürlüğe müdahale niteliği taşıdığı da ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kanunla sınırlama ilkesinin gereği olarak temel haklarda sınırlama niteliği taşıyan düzenlemelerin ayrıntılı ve öngörülebilir olması zorunludur. Öngörülebilir ve kapsamı belirli olmayan kuralların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin yürütme organına ve idareye verilmesi yasama yetkisinin devri niteliğindedir ve Anayasanın 7. ve 13. maddelerine de aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle 7253 sayılı kanunun 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen ek 4. madde Anayasanın 2., 5., 7., 10., 13., 20., 22., 25., 26., 27., 28., 36., 38. ve 48. maddelerine aykırıdır, iptal edilmesi gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

29.07.2020 tarih ve 7253 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un tüm maddelerinin açıkça Anayasa'ya aykırı olduğu yukarıda etraflı bir şekilde açıklanmıştır. Günümüzde ifade özgürlüğünün ve haberleşme özgürlüğünün en yaygın şekilde kullanım alanı olan İnternet ve sosyal medyanın kontrol altına alınmasını ve sansürlenmesini amaçlayan kuralların uygulanması halinde demokratik toplumun vazgeçilmez unsuru olan ifade ve basın özgürlükleri ağır bir şekilde tahrip edilecek ve Cumhuriyetin demokratik niteliği zedelenecektir.

Erişim engelleme tedbirlerinin ölçsüz ve anayasaya aykırı bir şekilde uygulanması ile yüzbinlerce internet sitesi ve içerik erişime engellenmişken şimdi içeriğin çıkarılması yetkisi tanınmaktadır ki bu açıkça ölçsüz bir tedbir olup bütün anayasal güvenceleri ihlal etmektedir. Diğer taraftan sosyal ağ sağlayıcısı tanımı belirsiz olduğu gibi sosyal ağ sağlayıcılara getirilen yükümlülükler de oldukça ağırdır. Öngörülen yükümlülüklerin ağırlığı dolayısıyla sosyal medya platformlarının temsilcilik açmaya yanaşmaması halinde sosyal medya fiilen kullanılamaz hale gelecektir. Milyonlarca sosyal medya kullanıcısı haberleşme, ifade, bilim ve sanat ve basın özgürlüklerinden fiilen yararlanamaz hale geleceği gibi sosyal medya üzerinden ticari faaliyetlerini sürdüren işletmelerin faaliyetlerini de sekteye uğratacak ve ekonomik krizi daha da derinleştirecektir. Hakları ihlal edilenlerin başvurabileceği hukuk yolu da

öngörülmemiştir. Doğacak ve giderilmesi olanaksız zararları önlemek amacıyla antidemokratik niteliği açık olan ve başta ifade özgürlüğü olmak üzere çok sayıda temel hakkı ihlal eden yasanın yürürlüğünün durdurulmasına ivedi şekilde karar verilmesi gerekir.

Anayasal gereklere uymadan kabul edilen ve iptal edilmesi gereken bir kuralın uygulanması halinde telafisi imkânsız zararların doğacağı açıktır. O kadar ki; iptali istenen kurallar, demokratik hukuk devletinin esasını ortadan kaldıracaktır.

Diğer taraftan Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletinin temel gereğidir. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, açıkça Anayasa'ya aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

29.07.2020 tarih ve 7253 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1-) 1. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (s) bendinin, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 35., 38. ve 48. maddelerine,

2-) 2. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen beşinci fıkrasının, Anayasanın 2., 10., 36., 40., 90. ve 125. maddelerine,

3-) 3. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına" ibaresinin, Anayasanın 2. ve 13. maddelerine,

4-) 4. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "içeriğin çıkarılması ve/veya" ibaresinin ve onbirinci fıkrasında yer alan "ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcısına" ibaresinin, Anayasanın 2., 6., 13., 20., 22., 26., 28., 38. ve 48. maddelerine,

5-) 5. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini" ibaresinin, üçüncü fıkrasında yer alan "içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine" ibaresinin, beşinci fıkrasında yer alan "içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" ibaresinin, sekizinci fıkrasının, dokuzuncu fıkrasında yer alan "içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" ibaresinin, eklenen onuncu fıkrasının ve onbirinci fıkrasında yer alan "içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları" ibaresinin, Anayasanın 2., 9., 13., 26., 27., 28., 36., 38., 40. ve 125. maddelerine,

6-) 6. maddesiyle 5651 sayılı Kanuna eklenen ek 4. maddenin, Anayasanın 2., 5., 7., 10., 13., 20., 22., 25., 26., 27., 28., 36., 38. ve 48. maddelerine,

Esas Sayısı : 2020/76

Karar sayısı : 2023/172

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar yaratacağından iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”