

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2015/76
Karar Sayısı : 2017/153
Karar Tarihi : 15.11.2017
R.G. Tarih – Sayı : 7.2.2018 – 30325

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 22. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: Resen erişim engelleme kararına ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

İtiraz konusu kuralın yer aldığı Kanun'un başvuru tarihinde yürürlükte bulunan 8. maddesi şöyledir:

“Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

MADDE 8- (1) *İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:*

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrafta belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrafta sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadağı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.

(14) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.

(15) Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir.

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 3.9.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Mücahit AYDIN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı Dr. Ömer Fatih SAYAN, Başkan Yardımcısı Dr. Ahmet KILIÇ, İnternet Dairesi Koordinatörü Lütfi GÜVENER ve İnternet Dairesi Koordinatörü Av. Bahadır Aziz SAKİN'in 15.11.2017 tarihinde yaptıkları sözlü açıklamalar dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Uygulanacak Kural ve Sınırlama Sorunu

3. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

4. 15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 5651 sayılı Kanun'da değişiklikler yapılmıştır. Kararname'nin 22. maddesi ile Kanun'a eklenen ek 3. maddenin birinci fıkrası uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) kapatılmıştır. Kararname'nin 21. maddesinin (d) numaralı fıkrasıyla, itiraz konusu kuralı da içeren 8. maddenin (4) numaralı fıkrasında yer alan "*Başkanlık*" ibaresi "*Başkan*" şeklinde değiştirilmiştir. Kanun'un Kararname'nin 20. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre ise Başkan, Bilgi ve Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı'nı ifade eder. Dolayısıyla Kararname ile yapılan değişiklikle, Kanun'un 8. maddesinin itiraz konusu kuralı içeren (4) numaralı fıkrasında sayılan hâllerde erişimin engellenmesi kararının resen Bilgi ve Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından verileceği kurala bağlanmıştır. İtiraz konusu kural esas inceleme aşamasında değiştirilmiş olmakla beraber itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu dava yönünden uygulanacak kural olma niteliğini sürdürdüğünden Anayasa'ya aykırılık iddiasının incelenmesi gerekir.

5. Kanun'un 8. maddesinin itiraz konusu (4) numaralı fıkrasında, içeriği maddenin birinci fıkrasında belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik veya fuhuş suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının resen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından verileceği düzenlenmektedir.

6. Mahkemenin bakmakta olduğu dava ise TİB tarafından yurt dışında bulunan yer sağlayıcısına müstehcenlik gerekçesiyle verilen erişimin engellenmesi kararının iptaline yönelik olduğundan davada uygulanacak kural fıkranın tamamı değil birinci cümlesinde yer alan "*İçeriği birinci fıkrafta belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...*" ve "*... yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir.*" ibareleridir. Bu nedenle itiraz konusu kuralın birinci cümlesinin yukarıda belirtilen ibareleri dışında kalan bölümü ile ikinci cümlesi uygulanacak kural değildir.

7. Bunun yanında erişimin engellenmesi kararı müstehcen yayın nedeniyle verildiğinden başvurunun 8. maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden sınırlı olarak incelenmesi gerekir.

8. Öte yandan, "*...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir.*" ibaresi, uygulanacak kural kapsamı dışında kalan, içerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması halinde içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2), (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlar açısından da ortak kuraldır. Bu

nedenle, “...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir.” ibaresinin “İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...” ibaresi yönünden incelenmesi gerekir.

9. Açıklanan nedenlerle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun’un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının;

A. Birinci cümlesinin “İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...” ve “...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir.” ibareleri dışında kalan bölümü ile ikinci cümlesinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu bölüm ve cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B. Birinci cümlesinde yer alan “İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...” ibaresi ile “...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir.” ibaresine ilişkin esas incelemenin Kanun’un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden yapılmasına,

C. Birinci cümlesinde yer alan “...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re’sen Başkanlık tarafından verilir.” ibaresine ilişkin esas incelemenin de “İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...” ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. Anlam ve Kapsam

10. Kanun’un 1. maddesinde, bu Kanun’un amaç ve kapsamının içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek olduğu ifade edilmiştir.

11. Kanun’un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan ve içeriği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçlarından veya 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun’da sayılan suçlardan birini oluşturduğu yönünde yeterli şüphe bulunan yayınların erişiminin engellenmesine karar verileceği, (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde de erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği düzenlenmiştir.

12. Maddenin (4) numaralı fıkrasında, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması hâlinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik veya fuhuş suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının resen TİB tarafından

verileceği hüküm altına alınmıştır. İtiraz konusu kurala göre ise içerik veya yer sağlayıcısı yurt dışında bulunan ve müstehcenlik suçunu oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı resen TİB tarafından verilecektir.

13. Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (o) bendinde; erişimin engellenmesinin, alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade ettiği belirtilmiştir.

C. İtirazın Gerekçesi

14. Başvuru kararında özetle, internetin bilgiye ulaşma açısından çok etkili ve yaygın bir yöntem olmasının yanı sıra kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için de vazgeçilmez nitelikte olduğu, internetin temel hak ve özgürlüklerin kullanılması açısından büyük önem arz ettiği, internete erişimin engellenmesinin özellikle haberleşme hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetiyle doğrudan ilgili olduğu, kuralda, internet içeriğinin belirli suçları oluşturmaya hâlinde idare tarafından re'sen erişimin engellenmesi kararı verilmek suretiyle hâkim onayı olmaksızın haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının öngörüldüğü belirtilerek kuralın Anayasa'nın 22. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

D. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

16. Anayasa'nın "*Haberleşme hürriyeti*" başlıklı 22. maddesinde "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır./Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar./İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.*" denilmiştir.

17. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*" denilerek düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kapsamı belirtilmiştir.

18. Maddenin ikinci fıkrasında ise "*Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulince belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile*

hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” denilmiştir.

19. Anayasa’nın 26. maddesinde düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanımında başvurulabilecek araçlar “*söz, yazı, resim veya başka yollar*” olarak belirtilmiş ve “*başka yollar*” ibaresiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

20. Anayasa’nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlanması düzenlenmiş ve “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlıklı maddede “*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.*” denilmiştir.

21. 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.

22. Kitlese 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.

23. İnternetin suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amaçları için sık başvurulmuş bir araç olduğu bilinmektedir. İnternetin özellikle uluslararası menşeli fuhuş, çocuk pornografisi ve müstehcenlik gibi cinsel suçlar için yaygın olarak kullanılması karşısında devletler bu alanda iş birliğine gitmiş ve birtakım tedbirler öngörmüştür.

24. Bu kapsamda 5651 sayılı Kanun’da tedbir niteliğinde olan erişimin engellenmesi kararları düzenlenmiştir. Kanun’un gerekçesinde erişimin engellenmesi tedbirinin Anayasa’nın “*Ailenin korunması*” başlıklı 41. maddesi ile “*Gençliğin korunması*” başlıklı 58. maddesi hükümleri uyarınca aileyi, çocukları ve gençleri internet dâhil elektronik iletişim araçlarının suistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınlardan korumak ve elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıları önlemek amacıyla öngörüldüğü ifade edilmiştir. Kanun’un 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, fıkra sayılan hâllerde erişimin engellenmesi kararının hâkim onayına sunulmaksızın resen TİB tarafından verileceği düzenlenmektedir. İnternette paylaşılan içeriklerin çok hızlı yayılabilirdiği ve bu içeriklere çocuklar gibi korumasız bireyler de dâhil olmak üzere toplumun her kesimi tarafından kolayca erişilebildiği göz önünde bulundurulduğunda suç oluşturan içeriklere TİB tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde kamu yararı bulunduğuna kuşku yoktur.

25. İnternetin haberleşme ve iletişimin yanı sıra suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak da dâhil olmak üzere hayatın hemen her alanında etkin olarak kullanıldığı veya

kullanılabileceği gözetildiğinde telefon veya telgraf gibi geleneksel haberleşme yöntemlerinden farklı olduğu, bu nedenle internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. 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. Diğer bir ifadeyle içeriği suç oluşturan haberleşmeye müdahale edilmesine ilişkin olarak Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen hâkim onayı güvencesi, mahiyeti itibarıyla suç işlemeye veya işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik olan ve haberleşme hürriyetinin kullanım mecrası olarak kabulü mümkün olmayan internet yayınlarına genişletilemez. Dolayısıyla yalnızca suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları yapan sitelere yönelik olarak hâkim kararı olmaksızın idare tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir husus bulunmamaktadır.

26. Buna karşılık haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesi, 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 kapsamaktadır. İtiraz 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.

27. 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 yayınların paylaşılması 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 mercii tarafından engellenmesi hâlinde engelleme kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı şeklinde açıkça ifade edilen güvenceyle bağdaşmamaktadır.

28. Diğer yandan bilgi ve düşünceleri açıklama, yayma, bu bilgi ve düşüncelere ulaşma ve karşılıklı yorum, görüş, eleştiri paylaşma için de etkin olarak kullanılan internete erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğü ile de doğrudan ilgili olduğu kuşkusuzdur. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğü, sadece "*düşünce ve kanaate sahip olma*" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "*düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma*", buna bağlı olarak "*haber veya görüş alma ve verme*" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Çağımızda düşünceyi açıklamanın en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri hâline gelen internet ve sosyal medya konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların hassas davranmaları gerektiği açıktır.

29. Bununla beraber haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Anayasa'nın 22. ve 26. maddelerinin koruma altına aldığı haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü, bu maddelerde belirtilen sebeplerle Anayasa'nın temel ve hak özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesindeki ölçütlere uygun olarak sınırlandırılabilir. Anılan maddeye göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özüne de dokunamaz.

30. 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.

31. 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).

32. Kamu gücüne temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama yetkisi tanıyan yasal düzenlemelerin bu yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usulleri yeterli bir açıklıkta tanımlaması da gerekmektedir. Kanun’un erişimin engellenmesine imkân tanıyan 8/A ve 9. maddelerinde; engelleme kararının öncelikle ilgili yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) verilmesi ancak teknik olarak ilgili içeriğe erişimin engellenmesinin yapılamadığı veya yalnızca ilgili içeriğe erişimin engellenmesiyle Kanun’da belirtilen amaca ulaşılamayacağı durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verileceği düzenlenmiştir.

33. İtiraz konusu kuralda ise TİB tarafından müstehcenlik suçu oluşturan yayınlara resen erişimin engellenmesi kararı verileceği belirtilmekle yetinilmiş, Kanun’un yukarıda anılan hükümlerinde öngörüldüğü gibi erişimin kademeli olarak engellenip engellenmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylece itiraz konusu kuralla idareye kapsam ve sınırları belirsiz şekilde erişimin engellenmesi yetkisi tanınmıştır. Erişimin engellenmesi kararı verilmesinin dayanağı olan itiraz konusu kural anlaşılır, açık ve net olma zorunluluğunu karşılamadığından Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması güvencesiyle bağdaşmamaktadır (bkz. *Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B.No: 2014/4705, 29/5/2014, § 63).

34. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 13., 22. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

35. Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

36. Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.” Denilmekte; 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete’de yayımlandığı günden başlayarak iptal

kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.

37. 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan; *"İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresinin, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi ve *"...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresinin *"İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresi ve Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

38. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğacağı belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmektedir.

4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan;

1. *"İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresinin, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden,

2. *"...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresinin *"İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresi ve Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden,

incelenmesine yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 15.11.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının;

A. Birinci cümlesinin *"İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ve *"...yayınlarla ilişkin olarak*

erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir.” ibareleri dışında kalan bölümü ile ikinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bölüm ve cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. Birinci cümlesinde yer alan “*İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...*” ibaresi ile “*...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir.”* ibaresine ilişkin esas incelemenin, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

C. Birinci cümlesinde yer alan “*...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir.”* ibaresine ilişkin esas incelemenin de “*İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...*” ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

D. Birinci cümlesinde yer alan;

1. “*İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...*” ibaresinin, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi,

2. “*...yayınlarla ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir.”* ibaresinin “*İçeriği birinci fıkra da belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde...*” ibaresi ve Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi,

yönünden Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE,

Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükümlerinin, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

15.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Zühtü ARSLAN	Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY

İptal başvurusunda kısaca, internetin modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip olup, düşüncüyü açıklama ve paylaşmada vazgeçilmez olduğunu, bu alana kamu otoritesinde yapılacak müdahalede hassas davranılması gerektiğini, ifade özgürlüğü aynı zamanda düşünce ve kanaatini yayma, açıklama özgürlüğünü de kapsadığını, Ancak dava konusu kuralda katalogda sayılan suçlar nedeniyle TİB tarafından erişimin engellenmesi kararının resen verilmesinin, yetkili mercii kararının 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulması gereğinin hüküm altına alındığı Anayasa'nın 22. maddesiyle uyumsuz olduğu, anılan nedenlerle iptali gerektiğini talep ettiği görülmektedir.

İptali istenen kuralda, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun'un 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan ve Mahkememizce görülmekte olan davada uygulanacak kural olarak belirlenmiş kuralın sınırlı alanında, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde, birinci fıkranın (a) bendinin (5) numaralı alt bendinde yazılı TCK 226. maddesinde yerini bulan müstehcenlik suçunu oluşturduğu hususunda yeterli şüphe olması durumunda yayınlara ilgili erişimin engellenmesi kararının verileceği ve buna da TİB (671 sayılı yasa ile değişmiş, OHAL Kararnamesi ile TİB kapatılmış aynı yetki BTİK Başkanına verilmiştir.) Başkanının resen yetkili olduğu ifade edilmektedir.

Kısaca internet ortamındaki yayın, müstehcenlik yani çocukları yazı, söz, her türlü pornografik görüntü ve bu nitelikli ürünü görme ve tanıma içeriğine sahipse, onları bu zararlı yayınlardan uzak tutmak ve faillerini cezalandırmak için hızla hareket etmek adına, yayın içeriğine erişim BTİK başkanlığının resen vereceği karar ile engellenecektir.

İptal başvurusunu değerlendiren ve kuralın iptaline karar veren Mahkememiz çoğunluk görüşü ise, internet yayınlarının haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere hakların kullanılması bakımından tartışmasız bir öneme sahip olduğunu, internet yayınının elbette fuhuş, çocuk pornografisi ve müstehcenlik gibi cinsel suçların işlenmesi mecrası olarak kullanılmasının kabul edilemeyeceğini, Anayasa'nın 22. maddesinde sayılı hüküm güvencesinin bu kabil internet yayınlarını koruyacak şekilde genişletilemeyeceğini, hakim kararı olmaksızın verilecek idari erişimin engellenmesi kararında Anayasa'ya aykırılık bulunmadığını, ancak verilecek kararda erişimin kademeli engellenmesine ilişkin düzenleme de olmadığı, idarenin yetki sınırının belirsiz olduğu ve bu hali ile hakka yapılmış bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesindeki belirlilik güvencesi ile bağdaşmadığını söylemektedirler.

Gerekçe içeriği, sadece demokratik toplum düzeni, ölçülü, belirli ve gerekli olma şeklinde sınırlamayı belirleyecek ölçü normuna odaklanmış, yayın şeklinde ifadesini bulan suç niteliği açık olan görüntü ya da açıklamaların engellenmesi aslında korunmaya çalışılan aile hayatı, bireyin kişi güvenliği, özel hayatın gizliliği, kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığa ait hak ve özgürlükleri, suçla mücadele ve kamu sağlığı ve kamu düzeninin korunması, ve kişilerin haberleşme hürriyeti gibi Anayasal güvenceler arasında bir denge tahlili yapmamıştır. Bu haklar karşısında aralarında üstünlük sıralaması bulunmayan Anayasa normlarından Anayasa'nın 22. maddesine adeta tartışılmaz üstünlük atfetmiştir.

Haberleşme ve ondan bağımsız düşünemeyeceğimiz düşünceyi yayma ve açıklama özgürlüğü bireylerin temel haklarından olmakla birlikte, mutlak olmayan ve Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında sınırlanabilen haklardan ise de öncelikle internet yayıncılığının günümüzde kullanıldığı amaca bağlı olarak bu hürriyetler kapsamında bireyin Anayasal güvenceye sahip hakları karşısında ki özgül ağırlığına bakmak gerekir.

Anayasa'nın 22. maddesinde ifade edilen haberleşme hürriyetinin koruduğu menfaat gizlilik temeline sahiptir ve bir özel alanı işaret etmektedir. Bu hakkın, her türlü haberleşme aracı ile düşünce ve kanaatlerin serbestçe alınması ve yayılması şeklinde kullanılabilirliği ifade edilmekte ise de bu bilgiye izinsiz ulaşmanın, ifade özgürlüğün ihlalini oluşturabileceği ve korunması gerektiği açıktır.

Haberleşmenin internet ortamında genelde tüm kullanıcılara açık ve aleni yapılmakta olduğu bilindiğinden, suç kapsamındaki yayınların haberleşme, düşünceyi söz ve kanaati açıklama özgürlüğü kapsamında mütalaa edilmesi düşünülmemelidir. Tek taraflı, haber iletişim kaynağı kendi kontrolünde olan, kaynağın tespit ve erişilmesi, ulaşılması imkanlarının oldukça zor olduğu ve kullanıcısının teknolojik zaaf, gelişim ve sürekli değişim imkanlarından yararlanabildiği bu ortamın, gazete, mektup, dergi, kitap, makale kaynaklı görsel işitsel yayın araçları ile yaptığı hak ihlali ve suç nitelikli, bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmeye ve güvenceli haklardan yararlanma imkanı sunan denetimli, suç kapsamı dışı haberleşme ve düşünce ve kanaat hürriyeti kapsamındaki aktarımların hak ihlali ve suç nitelikli yayınlarla bir benzerliğinin kurulmaması aynı güvencelerden yararlanmaması gerekir.

İnternet ortamı, 5651 sayılı Yasa'da haberleşme ile kişisel ve ya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği sistem olarak tanımlanmaktadır.

Bu kapsamdaki bir ortamda haberleşme özgürlüğü, suç oluşturan fiillere Anayasal güvence sağlayan bir hak kapsamında değildir.

Ortamda yayınlanan, pornografik görüntü, fuhuş, cinsel istismar içerikli tek yanlı gizlilik içermeyen veriler kişilerin maddi ve manevi varlığına ve özel hayatına yöneldiği takdirde, bunu Anayasa'nın 22. maddesi kapsamındaki özgürlükten ziyade, zarar içerikli kasıtlı, teşhire ve ahlak anlayışının dejenerasyonu ile aile ve hukuk düzeni ve kamu güvenliğinin terörize edilmesi, kötü alışkanlıklar edinilmesine yönelik tek yanlı suç fiili olduğu, sokakta işlenmiş, bireye ya da topluma karşı bir suç fiilinden farklı düşünülemeyeceği bu halleri nedeniyle de Anayasa'nın 22. maddesi kapsamında mütalaa edilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

İnternet ortamı sayısal değerleri, konuya amaçsal olarak bakmak ve değerlendirmek için önemlidir.

İnternet ortamında 1 dakikalık zaman diliminde 16 milyon mesaj, 156 milyon e-posta, 4.1 milyon video görüntülenmektedir. (Bilgi Teknolojileri ve İletişim kurum bilgileri) bir arama motoruna 3.5 milyon kez girilirken 452.000 tweet atılmaktadır. Arama motorlarındaki aramaların % 35'i pornografik içeriklidir. Günlük 2.5 milyar pornografik e-posta gönderilmekte 75,80 milyon adet pornografik içerik sahibi web sitesi bulunmaktadır. Çocuklar 6 yaşından itibaren porno izlemeye başlamakta bu sektör cirosunun (çocuk pornosunda) 90 milyar dolar olduğu bildirilmektedir.

Unicef tahminlerine göre de porno sektöründe cinsel köle olarak kullanılan 2 milyon çocuk vardır.

Sektörlerin, önündeki engel olan toplumsal ve ahlaki dirençleri kırmak ve yasal engelleri aşmak için her türlü teknolojik imkanın kullandığı ve var güçleri ile çalıştıklarının da yapılan araştırmalardan anlaşıldığı gözükmemektedir.

Ülkemizin de üyesi olduğu 43 ülkede faaliyet gösteren uluslararası internet ihbar merkezi birliği WHOPE çocukların cinsel istismarı ve katalog suçlar kapsamında aldıkları ihbarları değerlendirip bir mahkeme kararı olmadan erişimin engellenmesi için erişim sağlayıcılara bildirmektedirler.

Bu kapsamda ülkemizde günlük 1.500 civarında ihbar yapılmakta, son 10 ayda 450 bin civarında ihbar yapılmış ve ihbarların %95.5'inin çocukların cinsel istismarı, fuhuş, müstehcenlik ve kumar içerikli olduğu bilgisi edinilmiştir.

AB üyesi ülkeler ve ABD dahil olmak üzere dünyanın bir çok ülkesinde internet ortamında yer alan içeriklerin başta çocukların cinsel istismarı olmak üzere belirli suçlarda herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, erişim sağlayıcılar tarafından engellenmekte olduğu da ayrı bir gerçektir.

İnternetin bu hızlı ve dinamik yapısı nedeniyle paylaşımların yaygınlaşmasını önlemek, yasadışı içeriklerle anında mücadele etmek ve bu amaçla hüküm altına alındığı anlaşılan ancak iptali istenen kuralın içinde yer alan katalog suçlardan TCK'nun suç saydığı müstehcen yayınlar karşısında bu yayını yapmanın hakkın içeriği itibari ile düşüncüyü yayma ve açıklama özgürlüğünü koruyan haberleşme hürriyeti kapsamında bir hak olarak mütalaa edilemeyeceği bu niteliği ile Anayasa'nın 22. maddesi güvencesinden istifade olanağı bulunmadığından iptali istenen kuralda yer alan ibare Anayasa'ya aykırı değildir.

Üye

Serruh KALELİ

KARŞI OY

1. Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının iptali istemiyle itiraz başvurusunda bulunulmuştur.

2. Mahkememiz çoğunluğunca, fıkranın, oybirliğiyle alınan sınırlama kararı ile esasının incelenmesine karar verilen kısımlarının iptaline karar verilmiştir.

3. Çoğunluk görüşüne dayalı karara aşağıda açıklayacağımız nedenlerle katılmıyoruz.

4. 5651 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre, dünyada yaşanan gelişmelere koşut olarak ülkemizde de internet dâhil hızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların suiistimal edilmesi suretiyle bir çok suç kolayca işlenir hale gelmiştir. Anayasa'nın 41 ve 58. maddeleri hükümleri uyarınca aileyi, çocukları ve gençleri internet dâhil elektronik iletişim araçlarının kullanılması suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak için gerekli önleyici tedbirlerin alınması gerekmektedir. İşte bu sebeple 5651 sayılı Kanun'da elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıların önlenmesini teminen çıkarılmıştır. Bir başka söyleyişle 5651 sayılı

Kanun, Anayasa'nın özel olarak korunmasını öngördüğü başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik bir kısım suçların kolayca işlenmesini önleyici tedbirleri hayata geçirmek için çıkarılmıştır. Bu husus, Kanun'un amaç ve kapsamına ilişkin 1. maddesinde, Kanun'un, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadele edilmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemeye yönelik olduğu şeklinde ifade edilmiştir.

5. Kanun'un gerekçesinde Kanunla yeni suç kategorilerinin oluşturulmadığı belirtilmiştir. Kanun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen bazı suçların internet dâhil elektronik ortamda işlenmesi halinde, söz konusu suçların etkilerini sürdürmesinin önlenmesini amaçlamakta ve bu kapsamda idari ve yargısal koruma tedbirleri öngörmektedir.

6. Kanun'un dördüncü fıkrasının iptali istenilen 8. maddesinde, internet ortamında yapılan ve içeriği;

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları,

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da yer alan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verileceği, bu kararın hangi hallerde kimler tarafından nasıl verileceği ve nasıl yerine getirileceği hususları düzenlenmektedir.

7. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan ve içeriği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçlarından veya 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da sayılan suçlardan birini oluşturduğu yönünde yeterli şüphe bulunan yayınların erişiminin engellenmesine karar verileceği, (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde de erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği düzenlenmiştir.

8. İptali istenilen (4) numaralı fıkarda ise içeriği birinci fıkarda belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması hâlinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsu bile içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik veya fuhuş suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının resen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır.

9. Mahkememiz çoğunluğunca, internette paylaşılan ve suç oluşturan içeriklere TİB Başkanlığı tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde kamu yararı bulunduğu ve internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, haberleşme hürriyetinin suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları açısından bir koruma sağlamayacağı, dolayısıyla yalnızca suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları yapan sitelere yönelik olarak hâkim kararı olmaksızın idare tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir husus bulunmadığı kabul edilmiştir.

10. Bununla beraber, Mahkememizin çoğunluğu tarafından haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesinin, 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, itiraz konusu kuralın 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 tanıdığı ifade dilerek 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 verilmesinin Anayasa'nın 22. maddesinde ifade edilen güvenceyle bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

11. Ayrıca, Kanun'un erişimin engellenmesine imkân tanıyan 9 ve 9/A maddelerinde engelleme kararının öncelikle ilgili yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) verilmesi, ancak teknik olarak ilgili içeriğe erişimin engellenmesinin yapılamadığı veya yalnızca ilgili içeriğe erişimin engellenmesiyle Kanunda belirtilen amaca ulaşılamayacağı durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verileceğinin düzenlendiği, itiraz konusu kuralda ise TİB tarafından müstehcenlik suçu oluşturan yayınlara resen erişimin engellenmesi kararı verileceğinin belirtilmesiyle yetinildiği, erişimin kademeli olarak engellenip engellenmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, böylece idareye kapsam ve sınırları belirsiz şekilde erişimin engellenmesi yetkisinin tanındığı, bu nedenle anlaşılır, açık ve net olma zorunluluğunu karşılamayan itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması güvencesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

12. Konunun uzmanlarınca internet hakkında söylenenlerin bir kısmının aşağıdaki gibi olduğu görülmektedir:

A. Bilindiği üzere, internet 1990'lardan itibaren küresel bir ağ haline gelmiş, bilinen geleneksel iletişim araçlarından farklı olarak, iletişime çok büyük bir hız kazandırmış, farklı kesimlerce üretilen etkileşimli multimedya içeriklerinin dünyanın herhangi bir yerinden sayısız başka yerlerine saniyeler içerisinde ulaşabilmesini sağlamıştır. Bilginin çok daha hızlı ve ucuz bir şekilde yayılmasına olanak sağladığı için de toplumların geleneksel, ekonomik, siyasal ve

kültürel yapılarını etkilemiş; böylece köklü değişim ve dönüşümlerin önünü açarak yönetimden siyasete, ekonomiden hukuka, aileden arkadaşlık ilişkilerine insanların tutum, davranış ve alışkanlıklarında önemli değişimlere sebep olmuştur. Bu değişim ve dönüşümler de işin doğası gereği yeni yönetsel ve hukuksal sorunları ortaya çıkarmıştır.

B. İnternet ortamında “ulusal sınır” olgusunun bulunmaması nedeniyle, dünyanın herhangi bir yerinde herhangi biri tarafından üretilen içerikler serbestçe yayına konulup dünya genelinde milyonlarca kişiye ulaşabilmektedir. “Uluslararası”sızlık olgusunun yanı sıra internetin teknik alt yapısı ve yaygın ağının sağladığı paylaşım ve erişim kolaylığı da kişilerin internet ortamında kimliklerini gizleyerek yasa dışı içerik oluşturup bu içerikleri çok hızlı bir şekilde dünyanın dört bir yanına yaymasına olanak sağlamaktadır.

C. Ayrıca, her durumda ve zorunlu bir doğrulama mekanizması içermeyen internet ortamının, iletişim, bilgi edinme, paylaşım ve eğlence gibi iyi ve zararsız amaçlarla kullanılmasının yanında, sahte isim ve hesaplarla yasa dışı içerik oluşturup paylaşılma amacıyla da kullanılabilmektedir. Bu ise suçlulara kendilerini kolayca gizleyerek yasa dışı iş ve eylemleri hayata geçirebilme fırsatı vermektedir. Diğer bir ifadeyle, terör ve suç örgütleri bir kısım faaliyetlerini internet ortamına taşıyabilmekte, siber saldırılar yanında ülkelerin milli güvenlik ve kamu düzenlerini yok etmeyi hedef alan içerikleri çok kısa zamanda çok geniş kitlelere ulaştırabilmektedirler.

D. Bunun yanında, bir kısım içerikler mahremiyet ihlallerine, bilgi hırsızlığına, telif hakları ihlallerine, özel hayatın gizliliğinin ortadan kaldırılmasına, dolandırıcılığa, kişilik haklarına saldırılara, bahis, kumar, fuhuş, çocukların cinsel istismarı, pornografi, intihar ve uyuşturucuya yönlendirme, siber zorbalık, şiddet, ırkçılık, ayrımcılık ve nefret söylemi gibi yasalara aykırı veya zararlı kabul edilen bir takım durumların geniş kitlelerin önüne getirilmesine ve etkilenmelerine, böylece de sosyal dokunun zedelenmesine, ahlaki yapının bozulmasına ve hukuksal sorunların çıkmasına neden olabilmektedir.

E. İnternet trafiğinin farklı ülkeleri saniyeler içerisinde geçerek akması, böylesine karmaşık bir yapı içerisinde belli bir noktadaki bir sorunun, dünyanın uzak başka bir noktasındaki internet trafiğini olumsuz yönde etkileyebilmesi, web sitelerini barındıran sunucuların dünyanın her tarafına yayılmış olması, genel veya bölgesel internet noktalarının kontrol ve bakımının gerekli olması gibi internetin diğer kitle iletişim araçlarından farklı doğası ve özellikleri, çok boyutlu, çok aktörlü dinamik ve dağıtık yapısı, tekniği, işleyiş biçimi, alt yapısı ve “ulusal sınır”sızlık/uluslararası niteliği, suç yeri ve zamanı ve suçlunun tespit edilmesi yönünden belirli zorlukları beraberinde getirmekte, bu da internet platformunun düzenlenmesini ve bu alana ilişkin bazı sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

F. Mukayeseli hukuk açısından başka ülkelere bakıldığında da toplumun tümünün ve özellikle de çocuklar ile gençlerin ve ailelerin bu alandaki risk ve tehlikelere karşı korunması amacıyla internetin güvenli kullanımının sağlanmasına yönelik tedbirler alındığı, internetle ilgili strateji ve politikalar geliştirildiği, farklı biçimlerde de olsa giderek artan bir oranda internetle ilgili müdahaleler içeren uygulamalara gidildiği görülmektedir.

G. Öte yandan, internetin doğası (“ulusal sınırsızlık” özelliği) gereği her bir devlet için internetin denetim ve kontrolünde başka zorlukların da bulunduğu, bu zorlukların en önemlilerinden birisinin internetin, devletin klasik ulusal egemenlik anlayışına meydan okuyan karmaşık, dağıtık, çok değişkenli, dinamik ve sınır tanımayan küresel ağ yapısı olduğu, devletlerin ülke sınırları içerisinde hukuk kuralı koyma ve bunu uygulama meşruiyetlerini esas

alan klasik ulusal egemenlik yaklaşımlarına dayalı mevzuatın, ulusal sınır tanımayan bu teknoloji karşısında çoğu zaman yetersiz kaldığı da bir gerçektir.

H. Günümüzde, internetin sosyal, siyasal ve ekonomik hayatı yönlendiren etkili bir araç olduğunun iyice ortaya çıkmasıyla birlikte devletler, internet üzerindeki etkilerini ve etkinliklerini hem ulusal hem de uluslararası düzeyde arttırmanın gayreti içine girmişlerdir. Bunun yanı sıra, e- ticaretin milyarlarca dolarlık hacme ulaşması, internet alan adlarının değerlendirilmesi, internet üzerinden veri iletişiminin ulusal güvenliğin bir parçası haline gelmesi ve zararlı içeriğin denetlenmesi gibi nedenlerle alan adları ve IP adreslerinin yönetimi (internet üzerinde söz sahibi olma, alan adları ile IP numaralandırma politikalarını belirleme ve kontrol etme) sadece kamu ile özel sektör arasında değil, uluslararası alanda da önem kazanmış ve devletler arasında değişik boyutları olan bir sorun alanı haline gelmiş bulunmaktadır. Siber uzayın mimarisi bu teknolojileri geliştiren ve üreten devletlerin politikaları doğrultusunda şekillenmekte, dolayısıyla bu alanın sınırları ve kuralları büyük oranda bu alanda teknoloji üreten ülkelerin özel ve kamusal güçleri tarafından belirlenmektedir.

13. Kitlel haberleşme ve iletişim aracı olarak yaygın şekilde kullanılan ve geleneksel yöntemlere göre gittikçe daha çok tercih edilen internetin haberleşme hürriyeti kapsamında olduğunda ve modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından büyük bir önem taşıdığına kuşku bulunmamaktadır. Bununla beraber, internetin yalnızca haberleşme ve iletişim sağlamak için değil başka amaçlar için de etkin olarak kullanıldığı gözden uzak tutulmamalıdır. Esasen, internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, haberleşme hürriyetinin suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları açısından bir koruma sağlamayacağı Mahkememiz çoğunluğunca da kabul edilmiş bulunmaktadır.

14. İptali istenilen kuralda TİB Başkanlığına tanınan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin de, hangi internet ortamında olursa olsun, Atatürk aleyhine işlenen suçlar ile Anayasa'nın özel olarak korunmasını öngördüğü başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik bir kısım suçların kolayca işlenmesini ve bu tür suçlar işlendiğinde söz konusu suçların etkilerini sürdürmesini önlemek amaçlarına ilişkin olduğu gözetildiğinde, Mahkememiz çoğunluğunca da kabul edildiği üzere bu tür yayınların haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği tabiidir.

15. Konunun uzmanlarınca, faydalarının yanında zararlarının da bulunduğu açık olan, uluslar arası hukuku (uluslar arası hukuk ile düzenleme ve denetleme imkanı) bulunmayan bu alanda, kimi internet site ve uygulamalarında, zaman zaman ticari kaygılarla suçlulara ve yasadışı içeriklere göz yumulabildiği de dile getirilmektedir. Ayrıca, yine aynı uzmanlarca, bir dakika içerisinde 16 milyon mesajın yazıldığı, 156 milyon e-postanın gönderildiği ve 4,1 milyon videonun görüntülendiği internet ortamında, sosyal medya olarak da ifade edilen ve kitlel haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan çok sayıda site ve uygulamanın oluşturulabileceği, bunların hiçbir ticari veya özel amaçlarının bulunmadığının ve bu hizmeti tamamen karşılıksız sunduklarının söylenemeyeceği de belirtilmektedirler.

16. Teknik ve fiili özelliklerine yukarıda kısmen değinilen internette, sosyal medya olarak da ifade edilen ve kitlel haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan ve dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebilmesine ve haberleşmesine olanak sağlayan sitelere ya da uygulamalara, engel olunmadığı sürece belirsiz

sayıda suç oluşturan içeriğin yüklenebilmesinin de teknik olarak mümkün olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hal böyle olunca da, bir yandan haberleşme ve iletişim platformu olma niteliğini haiz olan ve böyle işlev gören, bir yanda da suç niteliğini haiz içerik barındıran sosyal medya site ve uygulamalarının, salt suç niteliğini haiz içerikleri yayınlamak amacıyla oluşturulmuş site ve uygulamalar ile tamamen aynı nitelik ve konumda değiller ise de, haberleşme özgürlüğüne ilişkin hâkim onayı güvencesinde bulunan ve suç niteliğini haiz içerik barındırmayan diğer sosyal medya site ve uygulamaları ile aynı konumda bulunduklarını söylemek de oldukça güçleşmektedir.

17. Zira belirtilen türdeki site ve uygulamalar bakımından, bu tür site ve uygulamalardan yararlanan kişilerin haberleşme ve diğer hakları ile intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik ve fuhuş ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlama ve Atatürk aleyhine işlenen suçlardan zarar gören kişilerin ve kamunun hakları/yararları arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Bu durum, konuya ilişkin düzenlemelerde bu hususun mutlaka gözetilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

18. Bu duruma bağlı olarak, suç niteliğini haiz içeriklerin internet üzerinden çarpan etkisiyle çok hızlı bir şekilde yayılabildiği gerçeği de gözetilerek, suç niteliğini haiz içerikten zarar gören kişilerin ve kamunun haklarının zedelenmesinin önlenmesi amacıyla gerekli önlemlerin bir an önce (mümkün olan en kısa sürede) alınabilmesi için, sosyal medya olarak da ifade edilen ve kitlesel haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı bulunan ve genellikle de bu amaçla kullanılan ve dünyadaki tüm kullanıcılarının bir arada iletişime geçebilmesine ve haberleşmelerine olanak sağlayan internet site ve uygulamalarının 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde sayılan suçları oluşturan içerikleri barındırmaları halinde, münhasıran bu içeriklere yönelik olarak haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesi olmadan TİB Başkanlığına erişimin engellenmesi yetkisi tanınması, kamusal bir gerekliliği karşılamak amacıyla ortaya çıkmış olmaktadır.

19. Öte yandan, çoğunluk görüşünde göndermede bulunulan Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinde erişimin engellenmesi kararlarının URL bazlı olarak verilip uygulanacağı ve zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik engelleme kararı verilemeyeceği hükme bağlanırken, iptali istenilen kuralda böyle bir sınırlama öngörülmemiş ve erişimin engellenmesi kararının kapsamı konusunda konunun önemine binaen TİB Başkanlığına takdir yetkisi tanınmıştır.

20. Zira, Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (o) bendi hükmüne göre, 5651 sayılı Kanun'un uygulamasında, "Erişimin engellenmesi" ibaresi, alan adından erişimin engellenmesini, IP adresinden erişimin engellenmesini, içeriğe (URL) erişimin engellenmesini ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade etmektedir. Kanunda Kuruma verilen erişimin engellenmesi yetkisinin ne şekilde kullanılacağı gösterilmiş, idareye, işin mahiyet ve önemine binaen bu tanımda belirtilen yöntemlerden amaca en uygun (elverişli ve ölçülü) olanını tercih etme konusunda yetki verilmiştir.

21. Dolayısıyla iptali istenilen kural uyarınca, halin icaplarına göre, öncelikle ilgili yayın, kısım veya bölümle ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilebileceği gibi, doğrudan sitenin bütününe yönelik erişimin engellenmesine de karar verilebilecektir. Bunun yanında kuralda, idareye, suç oluşturan içerik nedeniyle diğer yöntemlere başvurmaksızın doğrudan sitenin tamamına yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı

Esas Sayısı : 2015/76
Karar Sayısı : 2017/153

vermesini emreden bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu itibarla kuralda bir belirsizlik söz konusu değildir.

22. Öte yandan, genel hükümler uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğundan, kuralla verilen yetki çerçevesinde tesis edilen erişimin engellenmesi kararına karşı da yargı yoluna başvurulabilecektir. Hal böyle olunca, kural bakımından yargısal denetimsizlikten de söz edilemez.

23. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13., 22. ve 26. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerektiğinden çoğunluk görüşüne dayalı iptal kararına katılmıyoruz.

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL