

5651 sayılı İnternet Kanunu Değişiklikleri ve Twitter ile Youtube Erişim Engelleme

Artun Avcı
Ash Kotaman

Özet

5651 sayılı İnternet Kanunu'nda değişiklik öngören bir yasa teklifi, Mecliste kabul edilerek 06.02.2014 tarihinde kanunlaşmıştır. Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanıp, Resmi Gazete'de 19.02.2014 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun genel gerekçesi, "kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin korunması" olarak açıklanmıştır. Kanun değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ardından TİB tarafından Twitter.com sitesi 21.03.2014 tarihinde ve YouTube internet sitesi 27.03.2014 tarihinde erişime engellenmiştir. TİB, engelleme gerekçesi olarak ilgili mahkeme kararlarını işaret eden bir açıklama yapmıştır. Bu çalışmada, 5651 sayılı İnternet Kanunu değişikliklerinin ve Twitter ile Youtube erişim engeli kararlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları (içtihatları) ile çelişip çelişmediği ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: 5651 sayılı İnternet Kanunu, internet sansürü, ifade özgürlüğü, Youtube ile Twitter erişim engelleme

Abstract

The Amendments to Internet Law No. 5651, passed by parliament on February 6, 2014. The amendments to Law

No. 5651 were approved by the President and published in the Turkish Official Gazette of February 19, 2014. The main justification of the amendments to Law No. 5651 was “to protect individual rights and privacy”. Following the passing of the Amendments to Internet Law No. 5651; Twitter was blocked on 23th March 2014 and Youtube was blocked on 23th March 2014 by the Telecommunication Communication Presidency. (TIB). The TIB released a statement that there were a number of court rulings as the justification for the block. This paper examines that whether the amendments to Law No. 5651 and the Twitter and Youtube bans are in violation of the European Convention on Human Rights and are in contradiction with the decisions of the European Court of Human Rights.

Keywords: Law No. 5651, internet censorship, freedom of speech, Twitter and Youtube bans

Giriş

Bu çalışmada Meclis Genel Kurul’una sunulmuş olan ve 06.02.2014 tarihinde kanunlaşmış olan ve 5651 sayılı İnternet Kanunu (*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*) değişikliklerini de içeren hükümlerin ve bu hükümlere dayanarak alınacak olan erişim engellenmesi kararlarının internet sansürü oluşturup oluşturmadığı, yurttaşların kişisel haklarını ve özel hayatlarının gizliliğini güvence altına alıp almadığı, ifade ve iletişim özgürlüğüne engel teşkil edip etmediği tartışılacaktır. Bilindiği gibi 5651 sayılı *İnternet Kanunu*'nun 2007 yılında yürürlüğe girmesinden itibaren internet sitelerine erişim; mahkeme,

savcılık kararları ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından re'sen verilen idari tedbir kararlarıyla engellenmektedir. 14.12.2013 tarihinde 5651 sayılı kanunda değişiklik önerileri "***Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı***" başlığı altında birçok farklı yasa teklifinin bulunduğu "Torba yasa teklifi" içerisine dahil edilerek Meclis Genel Kurul'una sunulmuş ve tasarı 06.02.2014 tarihinde kanunlaşmıştır. TBMM Başkanlığı, internetle ilgili değişiklik içeren 6518 sayılı kanunu Cumhurbaşkanı'na göndermiş ve kanun, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanıp Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 5651 sayılı İnternet kanununda değişiklikler içeren 6518 sayılı bu kanunun ilgili maddelerinin gerekçesi "kişisel hakların ve özel hayatın gizliliğinin korunması" olarak açıklanmıştır.

Bu çerçevede ilgili 5651 sayılı kanun değişikliklerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile çelişip çelişmediği bu çalışmanın amacını oluşturacaktır. Bu çalışma, 5651 sayılı Kanun değişikliklerinin *hukuk eksenli* bir değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Kuşkusuz Kanun değişikliklerinin politik bir değerlendirilmesi de yapılabilir. Ancak çalışmada tek kalkış noktasının kanun koyucunun psikolojisi, niyeti, endişesi, düşüncesi, iradesi olması (kanun değişikliklerinin amacının rüşvet ve yolsuzluk iddialarının internet ortamında dolaşımını engellemek, üstünü örtmek vb. iddialar) bilimsel yöntem ve çalışmanın işlevi açısından kısıtlayıcı olabilir. Bu nedenle asıl olarak *internet ortamında uluslararası normlara uygun olarak iletişim özgürlüğü nasıl güvence altına alınabilir?* sorusunu tartışmak çalışmanın işlevi açısından daha verimli olacaktır.

Hukuk, normlar oluşturan ve norm ilişkileri ortaya koyan, ideali amaçlayan değer yargıları içeren “bilimsel bir disiplin” olduğu için hukuk düzenlemelerinin ve kurumlarının tarihsel-toplumsal temellerini karşılaştırma olanağı verir. Böyle bir karşılaştırma, daha ideal olan düzenlemelere ışık tutacağı için yararlıdır. Uluslararası hukukun aynı konu ile ilgili düzenlemeleri karşılaştırma çalışması, *karşılaştırmalı (mukayeseli) hukuk bilimi* yönteminin kullanılmasını gerektirir. Bu yöntem, internet ve bilişim teknolojileri alanındaki uluslararası hukuk standartları, antlaşma ve sözleşmelerden doğan ykmllkleri, demokratik bir toplumun gerekliliği için asgari normlar çerçevesinde Türkiye'deki internet hukuk düzenlemelerin eleştirel bir değerlendirilmesinin yapılmasını sağlayabilir. Bu noktada iç hukuktaki internet düzenlemeleri, uluslararası kurumların aynı konu ile ilgili düzenlemeleri ile karşılaştırılacaktır. Türkiye'nin imzalayarak onayladığı ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)*** ve zorunlu yargı yetkisini kabul ettiği ***Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) İçtihatları*** alışmanın kapsamı içinde yer alacaktır.

Uluslararası insan hakları normları ve iletişim özgürlüğü standartları çerçevesinde Türkiye'de 5651 sayılı kanun değişikliklerinin eleştirel bir çerçevede tartişılması, özgürlükleri “kanunların çerçevesinde” tanımlamaktan ve hukuki düzenlemeleri de kanun koyucunun tanımladığından kaçınmayı gerektirir. Kanun koyucusundan “bağımsız bir varlık” kazanan hukuki düzenlemelerin, kanunların, normların yorumlanmasında kanun koyucunun iradesine “stnlk tanınması” hak ve özgürlükler rejimi açısından sakınca oluşturabilir. Bu nedenle yukarıda da belirtildiği gibi çalışmanın kalkiş noktasını kanun koyucunun iradesi olmaktan çok Türkiye’de internet alanına ilişkin hukuk düzenlemelerinde uluslararası normlara uygun olarak ifade ve

iletişim özgürlüğünün nasıl güvence altına alınabileceği oluşturacaktır. İletişim ve internet özgürlüğünü düzenleyen hukuk düzenlemelerin “ruhu”, “amacı, etkisi ve konusu” ya da “anlamı” gibi objektif veriler esas alınacak; böylece hukuk düzenlemelerinin objektif mantığının araştırılmasıyla sistemli ve tutarlı bir yorum mümkün olabilecektir.

1. 5651 Sayılı Kanun Değişikliğinden Önceki Uygulamalar (5651 Sayılı Kanun'un Uygulanması)

Türkiye’de 2001 yılına kadar internet ortamını düzenleyen herhangi bir kanun yürürlüğe girmemiştir. İnternette yayıncılık esaslarını ve sorumluluk rejimini düzenleyen bir yasa olmamasına rağmen, internet yayınlarını basın araçlarını yöneten kurallara göre düzenleme amacıyla 4676 sayılı Kanun 7.6.2001 tarihinde Meclis Genel Kurulu’nda kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanı, kanun tasarisını internet yayınlarının hukuki rejimini Basın Yasası ile düzenlemek mümkün olmadığı gerekçesiyle önce veto etmiş; meclisin veto edilen kanunu aynen kabul etmesiyle, onaylamıştır. Cumhurbaşkanı kabul ettiği Kanun’un bazı maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi’nin kanunun bazı hükümlerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmesi üzerine internet ortamını düzenleyen yeni bir kanun un yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. 5651 sayılı İnternet Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki 2001-2007 yılları arasında erişim engelleme kararları Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) ilgili maddeleri olmak üzere, Medeni Kanun(MK), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) gibi kanun hükümlerine dayanarak verilmiştir.

5651 sayılı İnternet Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 23.10.2007 tarihinden itibaren internet ortamında hukuka aykırı ve

zararlı içerik olduğu gerekçesiyle verilen erişim engelleme kararlarının hukuka aykırı olduğuna ilişkin eleştiriler artmıştır. Bu eleştiriler genel olarak; 5651 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle özerkliği olmayan, idari yapı içinde yer alan ve dolayısıyla tamamen idare hukuku kurallarına tabi olan bir kurum olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı(TİB) tarafından internetin düzenlenmesi ve bu kuruma internet iletişimini genel olarak kısıtlama yetkisinin yani sansür olanağının tanınması ve bunun internetin kendine özgü yapısı ve felsefesiyle zıtlığı; TİB'in internet içeriklerini denetlediği suçlardan “müstehcenlik” suçu kavramının net olmaması; hukuka aykırı içerik yerine sitenin tamamına erişimin engellenmesi; internetteki hukuka aykırı içeriğin denetimini gerçekleştirecek ihtisas mahkemelerinin bulunmaması; erişime engellenen site sahiplerine bilgi verilmemesi ve savunma hakkı tanınmaması; tedbir kararı olarak verilen erişim engelleme kararlarının cezalandırmaya dönüşmesi; erişim engelleme kararlarının suç içeriklerini engellemede yetersiz olması; erişim engelleme süreçlerinin açık ve şeffaf olmaması; erişim engelleme kararlarında ifade/iletişim özgürlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin göz ardı edilmesi; internet içerikleri denetiminde güvenlik eksenli tutumun benimsenmesi; uluslararası hukuk düzenlemelerinin dikkate alınmaması sayılabilir.

Türkiye’de erişime engellenen web sitelerinin sayısı ve listesi, uygulamayı yürüten ve kontrol eden Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu(BTK) ve TİB tarafından resmi olarak açıklanmaması üzerine “Engelli Web” isimli internet sitesi internet kullanıcılarının rastladığı sansürlü siteleri bildirmeleri yoluyla erişime engellenen internet sitelerinin sayısını ve oranlarını sitesinde yayınlamaya başlamıştır. *Engelli web*’in resmi olmayan verilerine göre 07.04.2014 tarihi itibariyle erişime engellenmiş web sitesi

sayısı 40733 olarak görünmektedir. Gerçek rakamın bu sayının iki katından daha fazla olduğu tahmin edilmektedir. BTK'nın 'İnternetin Güvenli Kullanımı' amacıyla aldığı "İnternetin Güvenli Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar" karar gereğince "güvenli" seçeneği kabul eden aboneler için 'Aile' ve 'Çocuk' filtreleri için öngörülen "kara liste" ya da "beyaz liste" dikkate alındığında merkezi otoritenin denetiminde erişime engelli internet sitelerinin oranının yüz binlerce olduğu tahmin edilmektedir.

5651 sayılı İnternet Kanunu'nun uygulanmasından çıkan sonuç, sınırlandırma sisteminin mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde gerçekleştirildiği ancak bu noktada uluslararası norm standartlarının dikkate alınmadığıdır. Kanun'a göre verilen erişimin engellenmesi kararları hem uluslar arası hukuk düzeninde yerleşmiş *ölçülülük ilkesini* hem de *ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini* ihlal etmektedir. Bu noktada erişim engelleme kararlarının ve BTK'nın merkezi filtre uygulamalarının AİHS'ne ve AİHM içtihatlarına aykırılık taşıdığını belirtmek gerekir.

AİHM'in 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım/Türkiye davasında (No. 3111/10) verdiği karar tezimizi desteklemektedir. AİHM kararında 5651 sayılı İnternet Kanunu'nun ve kanunun uygulamasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde¹ düzenlenen ifade (iletişim)

¹AİHS m.10 şu biçimde düzenlenmiştir: "*Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.*

Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın,

özgürlüğüne açıkça aykırı olduğuna karar vermiştir. Davaya konu olayda AİHM, yerel mahkemenin verdiği “Google Sites” sitesine erişim engellemesi kararının Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne müdahale niteliğinde olduğunu saptayarak; engellemenin dayanağı olan 5651 sayılı kanunun 8. maddesinin Sözleşme ve Mahkeme içtihatlarında belirlenen "kanun" niteliği oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan “kanunla öngörülme” koşulundan kanunun *herkes için ulaşılabilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşabilir* niteliğini anlamak gerekir. AİHM, somut olayda 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin Sözleşme'nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermediği ve yeterli bir koruma imkânı vermediği sonucuna varmıştır. Tedbir kararı olarak verilen erişim engeli kararının keyfi sonuçlar doğurduğunu ve kararın ihtilafli olmayan diğer tüm sitelere erişimi engellediğini tespit etmiştir. Sonuç olarak Ahmet Yıldırım/Türkiye davasında AİHM, 5651 sayılı Yasanın 8. maddesinin Sözleşmenin 10. maddesi ve AİHM içtihatları çerçevesinde demokratik bir toplumda hukuk devletinin sağladığı korumayı içermediği ve bu nedenle “kanunî dayanak” niteliği taşımadığına karar vermiştir. Bu nedenle keyfi müdahaleleri mümkün kılan 5651 sayılı İnternet Kanunu 8. maddeye dayalı engellemeler AİHS hükümlerine ve AİHM içtihatlarına aykırılık taşımaktadır. Türk Kamu otoritelerine düşen sorumluluk, 5651 sayılı Kanun'un ilgili maddelerini uluslararası normlara uygun olarak yeniden düzenlemektir. Mevcut durumda *birçok internet sitesine* Türkiye'den erişim engellemeleri mahkeme

başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

kararlarıyla devam etmektedir. Kanunun mevcut haliyle ifade ve iletişim özgürlüğü önünde engel oluşturduğunu baştan belirtmek gerekmektedir.

2. 5651 Sayılı İnternet Kanunu Değişikliklerinin Yürürlüğe Girmesi

“5651 sayılı İnternet Kanunu’nun Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifi”, Ak Parti Şanlıurfa Milletvekili Zeynep Karahan Uslu ve diğer milletvekilleri tarafından internet suçlarına ile ilişkin 12 maddelik yasa teklifi biçiminde 14.12.2012 tarihinde tamamlanmış ve 17.12.2013 tarihinde Meclise sunulmuştur. İlgili kanun teklifi, Meclis tarafından **Planlama ve Bütçe Komisyonu**’na gönderilmiştir. Teklif Komisyon’da bekletilirken , AK Parti milletvekili Necdet Ünüvar ve diğer milletvekillerinin internet içeriği ile ilgili başka bir teklifi *“Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi”* adıyla Komisyon’a sunulmuştur. Komisyon’da son teklif *“Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”* başlığı altında birçok farklı konulu yasa teklifinin bulunduğu Torba Yasa Teklifi içerisine dahil edilmiştir. Torba Yasa Teklifi; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Yasası, Terörle Mücadele Yasası, Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Yasası gibi farklı konularda düzenlemeler içermektedir. İnternet Kanunu değişikliği gibi son derece ihtisas gerektiren bir düzenleme teklifinin internet ortamıyla alakasız 42 ayrı kanunda 126 maddede değişiklikle birlikte Komisyonunda tek bir (torba) yasa tasarısı haline getirip birleştirilerek Meclis Genel Kurulu'na sunulması sorunludur. Bu nedenle öncelikle kanun yapım tekniği olarak *“Torba kanun yapım tekniği”* nin *sorunsallaştırılması* gerekmektedir. Özellikle Plan ve

Bütçe Komisyonu'na sunulan birleştirilmiş yasa teklifleri farklı uzmanlık alanlarını ilgilendiren unsurlar içerdiğinden ilgili tekliflerin üzerinde tartışılmadan kısa bir süre içinde Genel Kurul'a sunulması kanunların yapım sürecinde olması gereken kamusal müzakereyi dışlamaktadır.² Habermas'ın kamusal alan teorisi, demokratik bir şekilde genel toplumsal normlardan ve kolektif politik kararlardan etkilenenlere bu norm ve kararların oluşturulmasında, değiştirilmesinde ve benimsenmesinde söz hakkı tanıyacak prosedürlerin yaratılması anlamına gelir. Yurttaşların toplumsal ve politik normların geçerliliği üzerine tartıştıkları, müzakere ettikleri “her yer ve zamanda” kamusal alanın normatif ideali gerçekleşir.

²Torba Kanun yapım tekniğine yönelik benzer bir eleştiriyi 03.10.2013 tarihinde Ankara Barosu Eğitim Merkezinde gerçekleştirilen Torba Kanun Uygulaması Çalıştayı'nda Antalya Milletvekili Doç.Dr. Mehmet Günal da yapmaktadır: “Plan ve bütçe komisyonu kanunlar kararlar dairesi haline gelmiştir. Kanunun gramer, dilinden vazgeçtik, maksat belli değil. Aceleyle geçirelim deniyor ama yanırları nasıl bulacağız? Resmi gazetede yayınlanmadan düzeltme teklifi geliyor. 71 ayrı kanunda değişiklik yapıyorsa Bakanlar Kurulu tasarısı olması gerekmez mi? Aceleden tasarı teklife dönüştürülüyor. Kanunun başlığında “teklif” yazıyor, içeriğinde “tasarı” görüyoruz. Bu, yasama sürecine olan saygısızlıktır. Her seferinde aynı şeyi yaşıyoruz. 2011’de 234 maddelik torba kanun çıktı. Bütün komisyonlar bypass ediliyor. İlgili komisyonlardan arkadaşlar bir yıldır toplantı yapamıyoruz diyorlar. Plan ve bütçe komisyonunda görüşülen konularda soruyoruz, başka ilave var mı diye, sürekli eklemeler yapılıyor. Yönetmelikte dahi olmayan genelge ile düzenlenebilecek konular kanun yapmaya çalışılıyor. Mevzuat yönetmeliğine de uyulmuyor. Temel kanun nedir, torba kanun nedir? Torba diye geliyor, temel kanun oluyor. Medeni Kanun, Türk Ticaret Kanunu, Türk Ceza Kanunu gibi kanunlar temel kanundur. Önemli değişiklik yapıyoruz diyerek torba kanun temel kanuna dönüştürülüyor (...) Biz artık torba kanunlara içine her şeyin sokulduğu büyük çuval anlamında “harar” diyoruz. Nitekim kanun yapımında kendi çıkardığımız Anayasaya, içtüzüğe, yönetmeliğe dahi uymuyoruz.” Bkz. Bkz. Kanun Yapım Tekniği ve Torba Kanun Uygulaması Çalıştayı Tutanak Özeti, 03.10.2013 <http://www.yasaizleme.org.tr/index.php/component/content/article/9-uncategorised/251-33-calistay-tutanaklari-ozeti>, erişim: 16.03.2014

Klasik parlamenter sistem, yurttaşların temsilcisi olarak görevlendirilen parlamenterlerin genel toplumsal normlar üzerinde konuşmaları, tartışmaları, müzakere etmeleri kısaca norm yapım sürecini rasyonelleştirmeleri üzerine kuruludur. Kuşkusuz söz konusu müzakere sürecine yalnızca parlamenterler değil yurttaşların da aktif olarak katılması gerekir. Uygulamada ise kanun yapım tekniği olarak “torba kanun” yapım süreci, pratik olarak kamusal müzakere sürecini dışlamakta ve politik katılımı engellemektedir. Söz konusu teknik, demokratik süreçleri kesintiye uğratmakta ve “milli irade”nin cisimleşmesinin zeminini ortadan kaldırmaktadır. Demokratik süreç, kamusal müzakere süreçlerini içerdiğinden “doğası gereği” *yavaş işleyen* bir süreçtir. İktidar partileri tarafından müzakere edilmeden kanunların aceleyle çıkarılması amacının pratik bir sonucu olan “torba kanun” tekniğinin, insan hakları ve hukuk devleti ilkesine dayanan demokratik bir rejimin unsuru olarak sayılmaması gerekir. Plan ve Bütçe Komisyonu'na sunulan ve içinde 5651 sayılı İnternet Kanunu'nda değişiklik içeren *Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*'nin Genel Gerekçesinde şu hususlar öne çıkmaktadır:

“Teklif ile (...)Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görevlerinin ifası kapsamında ihtiyaç duyulan verilerin “içerik sağlayıcı” tarafından karşılanması noktasında karşılaşılan sorunların giderilmesi amacıyla, 5651 sayılı İnternet Kanununun 4 üncü maddesinde değişiklik öngören bir hüküm eklenmiştir.

(...)Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görevlerinin ifası kapsamında ihtiyaç duyulan verilerin “yer sağlayıcı” tarafından karşılanması noktasında karşılaşılan sorunların giderilmesi amaçlanmıştır.

Erişimi engellemeyi etkin hale getirmek için, alternatif erişim yollarını zorlaştırıcı tedbirlerin alınması; Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görevlerinin ifası kapsamında ihtiyaç duyulan verilerin “erişim sağlayıcı” tarafından karşılanması noktasında karşılaşılan sorunların giderilmesi amaçlanmıştır.

*(...)Erişim Sağlayıcılar Birliğinin oluşturulması (...)
Birliğe üye olmasının zorunlu kılınması (...)
amaçlanmıştır.*

Özel hayatının gizliliğini ihlal eden yayınlarla ilgili olarak “içeriğe erişimin engellenmesi”nin mümkün hale getirilmesine, tedbir taleplerinin Başkanlık tarafından uygulanmak üzere derhal Birliğe bildirileceğine, erişim sağlayıcıların tedbir talebini en geç dört saat içinde yerine getireceğine, tedbir kararı talep eden gerçek ve tüzel kişi ile kurum ve kuruluşların erişimin engellenmesi talebini 24 saat

*içinde sulh ceza hakiminin kararına sunacağına, hakim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklayacağı(...)*amaçlanmıştır.

*(...)Siber tehdit ve güvenlik olaylarına maruz kalmaları halinde, durum tespitlerinin hızlı bir şekilde yapılması ve yaşanabilecek olayların olumsuz etkilerinin azaltılması veya ortadan kaldırılmasına yönelik önlemlerin ivedilikle alınması konusunda Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görevli ve yetkili kılınması (...)*amaçlanmıştır.

(...)Siber Güvenlik ve internet alan adları konularında Bakanlar Kurulu, Bakanlık ve/veya Siber Güvenlik Kurulu tarafından Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna verilen görevlerin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı veya diğer

birimler marifetiyle yerine getirebileceğine açıklık kazandırılması amaçlanmıştır.³

Genel Gerekçe'den anlaşılacağı üzere söz konusu Kanun teklifi, internet içeriğinin kısıtlanması için TİB gibi idari otoritelere geniş takdir yetkisi tanımakta ve TİB geniş yetkilerle donatılmaktadır. TİB, yargıç kararı olmadan erişim ve yer sağlayıcılardan internet kullanıcıların kişisel bilgilerine ulaşabilen; erişim sağlayıcılar ya da *Erişim Sağlayıcılar Birliği* üzerinde etkili bir denetim ve kontrol kurabilen; mahkeme kararı olmadan bir çok erişim engelleme kararlarını kendi başına alabilen; kararlarına karşı hiçbir etkili başvuru yolu (itiraz vb.) olmayan bir idari kuruluş olarak öngörülmektedir.

Genel Gerekçe'den çıkan diğer önemli husus, kanun teklifindeki internet düzenlemesinin “güvenlik eksenli” bir çerçeve içinde sınırlanması; yani “güvenliğin” ifade ve iletişim özgürlüğünün önünde gelmesidir. Bunun sonucu ifade ve iletişim özgürlüğü vb. demokratik normların, “devletin güvenliği” anlayışı çerçevesinde tanımlanmasıdır. Bu anlayışın biçimlendiği siyasi kültür, internet politikalarının ancak “izin verilen sınırlar” içerisinde gerçekleşmesini öngörmektedir.

Plan ve Bütçe Komisyonu, 126 maddeden oluşan İnternet Kanunu ile birlikte farklı kanunlarda değişiklikler içeren kanun ve kanun hükmünde kararnameleri tek bir yasa tasarısı haline getiren ***Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde***

³Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, TBMM 24.Yasama Dönemi, 4.Yasama Yılı,Sıra Sayısı:524
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss524.pdf>, erişim: 21.03.2014

Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun tasarısını 16.01.2014 tarihinde Meclis Genel Kurulu'na sunmuştur.

TBMM, Kanun tasarısını Genel Kurul gündemine 28.01.2014 tarihinde almıştır. TBMM'nin 53. Birleşiminde söz alan ve 5651 sayılı Kanun'da değişiklik içeren kanun teklifini sunan Ak Parti Adana Milletvekili Necdet Ünüvar, 5651 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği 4 Mayıs 2007 tarihi şartlarında kişi hakları ve özel hayatın gizliliğiyle ilgili konuların yasa tasarısında olmadığını ve İnternet'in bu kadar yaygın kullanılmadığını belirterek konuşmasına başlamıştır. Ünüvar'a göre kabul edildiği dönemin ihtiyaçlarını karşılayan 5651 sayılı yasa, bugün itibarıyla kişi haklarının korunması ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Bu nedenle 5651 sayılı yasada birtakım düzenlemeler yapmak zorunlu hale gelmiştir. Ünüvar, yasanın çıktığı tarihte 4 milyon 609 bin tane İnternet abone sayısının bugün 33 milyon 700 bin olduğuna dikkat çekerek o günün koşullarında kişilik haklarını ihlal veya özel hayatın gizliliğini ihlal edilmesi durumunda yasada öngörülen yedi(7) günlük sürenin makul ve anlaşılabilir olduğu ancak internet hızının "8-9 kat" arttığı bir dönemde insan haysiyetini, onurunu zedeleyecek bir haberin internette çok hızlı bir şekilde yayılabildiğini söyleyerek 5651 sayılı yasa değişikliğini savunmuştur(Ünüvar, 2014). Buna göre kişi, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini iddia ediyorsa 4 saat içinde tedbir alabilecek, yirmi dört saat içinde hâkime başvurabilecek, hâkim kırk sekiz saat içinde karar verebilecektir. Ünüvar, konuşmasının devamında sitenin bütünü yerine, sadece ilgili kişi hakkının ihlali veya özel hayatın gizliliğini ihlal eden maddenin yer aldığı sayfanın, yani URL'nin engellenmesinin o siteden istifade etmeye çalışan diğer insanların hakkını da

koruyan bir uygulama olduğunu söyleyerek değişikliği savunmuştur.

Barış ve Demokrasi Partisi Grubu adına konuşan Şırnak Milletvekili Hasip Kaplan, kanun değişikliği ile ilgili yaptığı konuşmada kişilik haklarının ihlali durumunda idari kurul olan TİB'in vereceği kararın "keyfi" olacağını ve kanunun uygulanmasıyla Türkiye'nin dünyada Çin'den, Suudi Arabistan'dan sonra internet yasağında 3'üncü sırada geleceğini belirtmiştir. TİB Başkanının hiyerarşik olarak Başbakan ve Bakanlar Kurulu'na bağlı olduğunu belirten Kaplan, internetin yargı güvencesinden bağımsız idari izne ve sansüre tabi kılınmasının sakıncalarından bahsetmiştir. (Kaplan, 2014)

Ak Parti Şanlıurfa milletvekili Zeynep Karahan Uslu, Meclisin 55. Birleşiminin 8. Oturumunda söz konusu yasa değişikliğinin "internete sansür" getirmediğini; yapılanın "*kişilik haklarını koruyan, aynı zamanda da yasadışı sarmalına savrulmaktan hassasiyetle kaçınılan*" düzenlemeler olduğunu savunmuştur. Kişisel hak ihlallerinde mahkemelerin kararlarını gönderecekleri "*tek bir muhatap*" ın düzenlemede yer almasını olumlu bulan Uslu, "*muhatapsız kalan yargı kararlarından ötürü tüzel kişiler kadar gerçek kişilerin de zarar gördüğünü*" ve değişikliğin bu mağduriyetlerin giderilmesine imkân sağlayacağını savunmuştur. Yeni düzenleme ile hukuka aykırı içerik; tek bir sayfa yani URL adresi üzerinden engellenecek ve mağduriyetlerin giderilmesi için karar alma ve uygulama süreleri kısaltılacaktır. Bu düzenleme ile mevzuat gereği "*engellenmekte çok geç kalınan*" , "*incitici, insan onuruna aykırı içerik*"in engellenebilmesi artık kısa sürelerde mümkün olacaktır (Uslu, 2014). Uslu, Meclis'teki konuşmasını "*hiçbir şekilde toptancı bir engelleme ya da*

yasaklamının” olmadığını diğer bir ifadeyle, “*sansür diye nitelenebilecek bir düzenlemenin*” söz konusu olmadığını savunarak konuşmasını tamamlamıştır.

TBMM 57'nci Birleşim, Dördüncü Oturumunda AİHM eski yargıcı ve İzmir milletvekili Rıza Türmen, AİHM'nin Yıldırım/Türkiye kararının içeriğini aktararak söze başlamıştır. Türmen'e göre AİHM, kararında TİB'e verilen çok geniş bir takdir yetkisinin sınırsız olmaması gerektiğini ve sınırlarının belirli olması gerektiğine hükmetmiştir. Bu kararda AİHM, 5651 sayılı İnternet Kanunu'nun erişim engelin düzenleyen 8. maddesinde yer alan “İnternet yayını” ifadesinin belirsiz olduğunu, “*her türlü yayını kapsadığı, başı ve sonunun belli olmadığı*”nı; yerel (Türk) mahkemelerin karar verirken “menfaatler dengesine” bakmadığını ve Hukuk devletinde olması gereken niteliklerin(yasanın öngörülebilir olması, açık olması, erişilebilir olması) 5651 sayılı İnternet Yasasında olmadığına hükmetmiştir. Böylece 5651 sayılı Kanununun AİHS'nin düşünce özgürlüğüne ilişkin 10. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Türmen, AİHM kararı sonrası hükümetin 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde iyileştirme yapması gerekirken mahkeme kararı olmaksızın TİB'in resen vereceği erişimin engellenmesi kararının kapsamı genişletildiğini belirterek yeni düzenlemenin mevcut düzenlemenin de gerisinde olduğunu belirtmiştir. (Türmen, 2014)

Meclisin 55., 56., 57. ve 58. Birleşimlerde söz alan muhalefet partileri(CHP, MHP ve BDP) milletvekilleri de kanun tasarısında 5651 sayılı İnternet Kanunu ile ilgili değişikliklerin temel amacının “*yolsuzluk ve rüşvetle ilgili iddiaların üstünü örtmek*” ve “*interneti sansürlemek*” olduğunu savunmuşlardır. [Gürkut Acar (Antalya), Ant Yusuf Ziya İrbeç (Antalya), Oktay Vural(İzmir), Umut

Oran(İstanbul), Hasip Kaplan(Şırnak), Yusuf Halaçoğlu(Kayseri) , Erkan Akçay(Manisa),Erdal Aksünger(İzmir) ,Emin Haluk Ayhan(Denizli), Özcan Yeniçeri(Ankara), Reşat Doğru(Tokat) , Haydar Akar (Kocaeli), Altan Tan (Diyarbakır), Abdullah Levent Tüzel (İstanbul), Muharrem Varlı (Adana), Ertuğrul Kürkcü (Mersin), Erol Dora (Mardin), Rıza Türmen(İzmir), Binnaz Toprak (İstanbul), Erkan Akçay (Manisa), Faruk Bal (Konya), Durdu Özbolat (Kahramanmaraş), Sena Kaleli (Bursa), Mehmet Günel (Antalya), Aytuğ Atıcı (Mersin), Aykut Erdoğan (İstanbul), Lütfü Türkkan (Kocaeli), Ali Haydar Öner (Isparta), Muharrem Işık (Erzincan), Mehmet Akif Hamzaçebi (İstanbul), Koray Aydın (Trabzon)]

Birçok kanun teklifinin birleştirilerek “torba kanun tasarısı” hâline getirildiği *Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* tasarısı, tartışmalar sonunda (28.01.2014 - 06.02.2014) Meclis Genel Kurulu’nda 06.02.2014 tarihinde kabul edilerek kanunlaşmış ve Cumhurbaşkanlığına gönderilmiştir. Söz konusu kanun değişikliklerinin “internet sansürünü derinleştireceği” ya da “iletişim özgürlüğünü sınırlandıracığı” endişesi taşıyan kamuoyunun veto beklentisine karşın Cumhurbaşkanı, 19.02.2014 kanunu onaylamış ve kanun, Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Aynı anda 5651 sayılı Kanunda yapılması öngörülen bazı değişiklik tekliflerinin de yer aldığı “*Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi*” 06.01.2014 tarihinde iktidar partisi

milletvekilleri tarafından Millet Meclisi'ne sunulmuş ve ilgili kanun teklifi, **6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun** adını alarak 26.02.2013 tarihinde Meclis Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir. 6527 sayılı Kanunun bazı maddelerinin Cumhurbaşkanının 6518 sayılı Kanunu onaylama sürecindeki tereddütleri gidermek amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. 6527 sayılı Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından 28.02.2014 tarihinde onaylanacak ve Resmi Gazete'de 01.03.2014'de yayınlanıp yürürlüğe girecektir.

Böylece 5651 sayılı İnternet Kanunu'nda önemli ve uzun vadede önemli etkiler doğuracak iki değişiklik teklifi, kamuoyunda yeterince tartışılmadan arka arkaya Millet Meclisi'ne sunulmuş ve kanunlaşarak yürürlüğe girmiştir.

3. 5651 Sayılı Kanun Değişiklikleri (6518 sayılı Kanun ile 6527 sayılı Kanun) ile Getirilen Yeni Düzenleme

3.1. 5651 sayılı Kanun m.2 Değişikliği (Tanımlar)

Kanunun 2.maddesinde internet ortamında bir şekilde yer alan, kanunun uygulanmasında görevli kılınan özel ya da kamu tüzel kişiliklerinin ve internet ile ilgili bazı kavramların tarifleri verilmektedir. Değişiklik ile 5651 sayılı Kanunun 2. maddesinde yer alan tanımlara 6527 sayılı kanun ile “Trafik bilgisi” ve 6518 sayılı kanun ile “Erişimin engellenmesi”, “İçeriğin yayından çıkarılması”, “Uyarı yöntemi”, “URL adresi” ve “Birlik” tanımları eklenmiştir. Bu tanımlarla, erişimin engellenmesi yöntemleri arasındaki farklılıklar(Alan adından(DNS) erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi) ortaya konulmuştur. 6527 sayılı kanun ile getirilen Trafik bilgisi için “*Taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve*

bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgileri” tanımı yapılmıştır. Ayrıca 6518 sayılı kanun ile içeriğin yayından kaldırılması ve uyarı yönteminde nasıl bir yol izleneceği belirtilmiştir.

3.2. 5651 sayılı Kanun m.3 Değişikliği (Bilgilendirme Yükümlülüğü)

Kanunun bu maddesi, internet yayıncılığına ilişkin “içerik, yer ve erişim sağlayıcıların tanıtıcı bilgilerini” düzenlemektedir. 6518 sayılı kanun ile getirilen değişiklik (5651 s.Kanun m.3/3.fıkra), 5651 sayılı Kanun kapsamında yurtiçinde veya yurtdışında faaliyet gösteren içerik, yer ve erişim sağlayıcıların internet sayfalarında belirtilen tanıtıcı bilgileri üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabileceğidir. 6527 sayılı kanun ile getirilen değişiklik(4.fıkra) ise kamuoyunun haklı eleştirileri üzerine internet kullanıcıların trafik bilgilerinin “ancak bir suç soruşturması ve/veya kovuşturması kapsamında mahkemelerce talep edilmesi hâlinde” TİB tarafından içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve/veya erişim sağlayıcıdan alınarak verilebileceğidir.

3.3. 5651 sayılı Kanun m.4 Değişikliği (İçerik Sağlayıcısının Sorumluluğu)

Kanunun 4.maddesinin ilk iki fıkrasında herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. İlk fıkra, içerik sağlayıcıyı “internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu” tutmakta; 2. fıkrası da içerik sağlayıcıların bağlantı (link) sağladıkları başkasına ait içerikten sorumlu olmadıklarını düzenlemektedir. 4. maddenin 3. fıkrası 6518 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Buna göre TİB’in talep ettiği tüm bilgiler içerik sağlayıcı tarafından Başkanlığa teslim edilecek ve Başkanlıkça bildirilen tüm tedbirler içerik sağlayıcı tarafından

alınacaktır. Başkanlık, ihtiyaç duyduğu tüm bilgileri, görevinin amacına uygun olması dışında hiçbir sınırlama olmaksızın, içerik sağlayıcıdan talep edebilecektir. Değişiklik düzenlemesi bu haliyle hukuk devleti ilkesi açısından sakıncalıdır. Madde hükmünde TİB'in hangi bilgileri hangi koşullarda isteyebileceği ve hangi tedbirleri alacağına ilişkin netlik yoktur. Madde hükmü bu haliyle AİHS'nin Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması'nı düzenleyen 8. maddesine⁴ ve TC Anayasasının 20. maddesinde⁵ düzenlenen Özel Hayatın Gizliliği'ne aykırıdır.

⁴Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 8.maddesi şu biçimde düzenlenmiştir: *“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı göstermesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir”*

⁵Anayasa m.20 şu biçimde düzenlenmiştir: *“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*

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; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”

Ayrıca, AİHM'nin **Ahmet Yıldırım/Türkiye** kararında “Yasa” için öngördüğü **“yasanın öngörülebilir olması, açık olması, erişilebilir olması”** ölçütlerinin hiçbirini değişiklik hükmü içermemektedir. Bu hükme göre TİB, her türlü bilgiyi gerekçe göstermeden içerik sağlayıcıdan isteyebilecektir. Kanunla TİB'e verilen yetkinin amaç, kapsam ve sınırının muğlaklığı “keyfiyete açık” bir durum oluşturmaktadır. Düzenlemede 3.maddenin son fıkrasında belirtildiği biçimde *“ancak bir suç soruşturması ve/veya kovuşturması kapsamında mahkemelerce talep edilmesi hâlinde”* bilgilerin TİB tarafından talep edilebileceğine ilişkin bir hükmün olmaması eksiklidir. Bu haliyle değişiklik maddesi Anayasanın 13. Maddesinde yer alan *“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”* hükmüne aykırılık içermektedir. 4. Maddenin üçüncü fıkrası ile getirilen her içerik sağlayıcının internet ortamında yaptığı yayınlara ilişkin bilgileri her talep edildiğinde Başkanlığa sunmakla yükümlü tutulması, Anayasanın 13. maddesindeki “ölçülülük ilkesine” aykırılık teşkil edecektir.

Ayrıca 4. Maddenin ilk fıkrasının Türk Ceza Hukukunun “cezaların şahsi sorumluluğu” ilkesine aykırılık teşkil ettiğini de belirtmek gerekmektedir.

3.4. 5651 sayılı Kanun m.5 Değişikliği (Yer sağlayıcının yükümlülükleri)

.”

Kanunun 5.maddesi yer sağlayıcının yani bilinen adıyla “host /bulundurma” hizmeti verenlerin sorumluluğunu düzenlenmiştir. Yer sağlayıcılar, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek ve tüzel kişilerdir. Maddenin ilk fıkrasına göre göre yer sağlayıcıların yer sağladığı içeriği denetlemek gibi bir genel sorumlulukları olmadığı gibi, hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını bizzat araştırmakla da yükümlü değildir. Değiştirilen 2. fıkraya göre yer sağlayıcılar, “*Kanunun 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi halinde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlü*” olacaktır. Önceki düzenlemede yer alan “teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür” ifadesinin yeni düzenleme olmadığı göze çarpmaktadır. Buradan çıkan sonuç yer sağlayıcıların “teknik imkanı olsun olmasın” kanunun 8. ve 9. maddelerine aykırı internet içeriğini yayından kaldırma yükümlülüğünün artırılmasıdır. Bu düzenlemenin Avrupa Birliği Yönergeleri ile uyumlu olmadığı ve kanuna aykırı internet içeriğinden dolayı yer sağlayıcıların sorumluluğunun artırıldığı söylenebilir. Yeni düzenleme ile Yer sağlayıcıların sorumluluğu, “neredeyse” içerik sağlayıcıların sorumluluğuna denk biçimde artırılmıştır.

Kanunun 5. maddesine 6518 sayılı kanun ile eklenen diğer fıkralarla da yer sağlayıcıların yükümlülüğü artırılmıştır. 3.fıkraya göre Yer sağlayıcılar, “*yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla*” yükümlü olacaktır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği ilkesi, uluslararası temel bir norm olduğu gibi Anayasal bir ilkedir. “İnternet kullanıcıların trafik bilgilerinin saklanması”, temel

hak ve özgürlüklere ilişkin olduğundan süresinin yönetmelikle değil kanunla yapılması gerekir. 4. Fıkra da yer alan *“Yer sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilir ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilirler”* düzenlemesi de yine temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanı yönetmelikle düzenlemek istediği için hukuk ilkelerine uygun değildir. Kanunun 5. Maddesine eklenen diğer bir fıkra olan *“Yer sağlayıcı, Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür”* ifadesi de ölçülülük, orantılılık ilkesine aykırılık içermektedir. Aynı şekilde *“ancak bir suç soruşturması ve/veya kovuşturması kapsamında mahkemelerce talep edilmesi hâlinde”* bilgilerin TİB tarafından talep edilebileceğine ilişkin bir hükmün olmaması düzenlemeyi AİHS’ye, AİHM içtihatlarına ve Anayasa’ya aykırı hale getirecektir. Hukuk devletinde hak kısıtlamasını yalnızca hâkim ya da mahkeme yapar. Bu ilke, temel bir evrensel hukuk ilkesidir. Hâkim ya da mahkeme, hak kısıtlaması kararı alırken yalnızca ulusal mevzuatı değil uluslararası normları da dikkate almak zorundadır. Yukarıdaki düzenleme ise TİB’i yargı organının yerine geçirmektedir. Kanun değişikliği ile TİB, kimin hangi sayfayı kaç kez ziyaret ettiğini, hangi internet arayüz içerikleri görüntülediğini, kimlerle hangi veri alışverişleri yaptığını, kullanıcıların hangi IP adreslerinden internete bağlandıklarını kısaca bir internet kullanıcısının internet ortamında yaptığı tüm işlemleri süre, kapsam, gerekçe olmadan ve hatta ilgili madde *öngörülebilir bir biçimde düzenlenmediği için* hakim ya da mahkeme kararı olmadan yer sağlayıcıdan talep edebilecektir. Bu haliyle değişiklik, yalnızca hukuk devletini ilkesinin ihlalini değil özel hayatın ve kişisel verilerin

gizliliğini de ihlal eden, ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayan sonuçlar doğuracaktır.

5651 sayılı kanunun 5. maddesine eklenen 4. ve 5. fıkraları Anayasanın 2. maddesinde⁶ düzenlenen *hukuk devleti ilkesine* aykırılık taşıdığı gibi *Anayasanın* 123/1 maddesinde düzenlenen *kanuni idare ilkesine* de aykırılık içermektedir. İdarelerin, kanuni dayanağı olmayan bir yetkiyi kullanmasının mümkün olmaması ilkesi olarak tanımlanan *kanuni idare yetkisi*, idarenin işlemlerinin yasada tanımlanmasını gerektirir. İdari otorite olan TİB'e tanınan aşırı takdir yetkisinin kapsamının yönetmeliklerle düzenlenecek oluşu kanuni idare yetkisine aykırılık teşkil eder. Danıştay 14. Dairesinin 03.10.2012 tarihinde 2011/16621 Esas No ile verdiği kararında herhangi bir yasa hükmü gösterilmeden tesis edilen idari işlemde hukuka aykırılık bulunduğunu belirtmektedir:

“İdari işlemlerin kanuni dayanağının olması "Kanuni idare" ilkesinin sonucudur. Bu sebeple, idarenin kanuni dayanağı bulunmayan bir yetkiyi kullanması olanaklı değildir. Öte yandan, dayanılan kanun maddesinin idari işlemde belirtilmesi de yukarıda belirtilen ilke açısından bir gereklilik olduğu gibi, idarenin yargısal denetimi yapılırken kanuna uygun hareket edip etmediğinin, ilgili kanun maddesinde yer alan usul ve esaslara uyulup uyulmadığının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu durumda; davalı idarenin herhangi bir yasa maddesi göstermeden tesis

⁶Anayasa m.2(Cumhuriyetin Temel Nitelikleri):” *Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*”

Anayasa m. 123/1:”*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*”

ettiği dava konusu işlemdede hukuka uyarlık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptali(nde)...isabetsizlik görülmemiştir.”

5651 sayılı Kanunun 5. Maddesine eklenen son fıkrada yükümlülöklere aykırı hareket eden yer sağlayıcılar hakkında uygulanacak idari para cezası da on bin Türk Lirası ile yüz bin Türk Lirası arasında olacak şekilde artırılmıştır.

Kanun değişikliği ile TİB’e, içerik ve yer sağlayıcılar aracılığıyla trafik bilgilerine erişim konusunda “genel bir sınırlama hükmü” getirilerek *neredeyse sınırsız* bir yetki tanınmıştır. TİB’in “kuvvetli suç şüphesi” olmasa dahi istediği internet kullanıcılarına ait kişisel verileri yer sağlayıcıdan talep edebilmesi bu yargıyı doğrulamaktadır. Hukuk devletinde ise usul, TİB’in “kuvvetli bir suç şüphesi” durumunda mahkeme kararı ile kullanıcıların kişisel verilerini içerik ya da yer sağlayıcıdan takip edebilmesidir. Bunun kanun maddelerinde net biçimde belirtilmemesi uygulamada idarenin keyfiyetine yol açabilir.

3.5. 5651 sayılı Kanun m.6 Değişikliği (Erişim sağlayıcının yükümlülükleri)

Kanunun 6. Maddesi, erişim sağlayıcının yani bilinen adıyla “internet servis sağlayıcının” sorumluluğunu düzenlemektedir. Kanun değişikliği ile tıpkı yer sağlayıcılar için olduğu gibi 6.maddenin 1. Fıkrasının a bendinden “*ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde*” ibaresi çıkartılmış, böylece erişim sağlayıcının sorumluluğu ağırlştırılmıştır. Erişim sağlayıcı, herhangi bir kullanıcılarının yayınladığı hukuka aykırı içerikten haberdar edilmesi halinde “teknik olarak engelleme imkanı olsun olmasın” erişimi engellemekle yükümlüdür. 6. Maddenin 1. fıkrasına (ç) ve (d) eklenmiş; erişim sağlayıcılar “*Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri*

almakla” ve “Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla” yükümlü kılınmıştır. Bilindiği gibi kullanıcılar, erişimi engellenen sitelere DNS ayarlarının değiştirilmesi, ayna siteler (mirror sites), vekil sunucular (proxy servers) ya da yurt dışından VPN bağlantısının sağlanması gibi farklı yöntemler kullanarak rahatlıkla erişim sağlayabilmektedir. İletişim teknolojilerinin ulaştığı düzey, “akışların” sınırlandırılması girişimlerini askıya almaktadır. Manuel Castells’in de ifade ettiği gibi “akışların iktidarları, iktidarın akışlarının önüne geçmektedir.” (Castells, 2005:621). Fıkra eklenen madde ile erişim sağlayıcının erişime engellenen siteye “tüm alternatif erişim yollarını engellemesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü” verilmesi erişim sağlayıcılara yükünü ağırlaştırmaktadır. Ayrıca yer sağlayıcılar için de olduğu gibi erişim sağlayıcılar, TİB’in talep ettiği bilgileri TİB’e teslim etmekle ve TİB tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlü olacaktır. Bu maddede de “kuvvetli suç şüphesi” ya da “hakim ya da mahkeme kararı” şartları açık bir biçimde düzenlenmemiştir.

6. maddenin 3. Fıkrası yükümlülükleri yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından on bin Yeni Türk Lirasından elli bin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası öngörülmektedir.

TİB’in ilgili kanunda açık ve öngörülebilir bir biçimde düzenlenmediği için kendisine tanınan talep yetkisinin sınırları ve gerekçeleri net değildir. İnternet kullanıcıları ile ilgili kişisel veriler ve trafik bilgileri temel hak ve özgürlükler arasında sayılan, ifade ve iletişim özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, kişilik haklarının korunması ile ilgilidir. İlgili kanun değişiklikleri ile TİB’e tanınan aşırı takdir yetkisinin sınırsızlığı ve belirsizliği, yetkinin kötüye kullanılması için elverişli bir

zemin başka bir ifadeyle keyfiyete açık bir alan oluşturacaktır. Bu nedenle 6527 sayılı kanunla 3. fıkraya eklenen kullanıcıların trafik bilgilerinin “*ancak bir suç soruşturması ve/veya kovuşturması kapsamında mahkemelerce talep edilmesi hâlinde*” TİB tarafından istenebileceği hükmünün içerik, yer ve erişim sağlayıcıların yükümlülüklerini düzenleyen maddelerde de düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aksi takdirde geçerli ya da meşru bir suç şüphesine dayanmadan, kullanıcıların kişisel ya da mahrem bilgilerinin onların haberi olmadan idari otoriteler tarafından saklanması ya da kullanılması, 1984 romanının tasvir ettiği bir dünyanın gerçekleşmesine yol açacaktır.

5651 sayılı Kanun değişikliklerinin genel gerekçesinde yer alan “kişisel hakların ve özel hayatın gizliliğinin korunması” hususlarının yeni düzenlemede güvence altına alınmadığı tersine ilgili temel hak ve özgürlük alanlarının hukuk devleti güvencesinden yoksun bırakıldığı görülmektedir.

3.6. 5651 sayılı Kanuna Eklenen 6/A Maddesi (Erişim Sağlayıcıları Birliği)

Bu maddede, içeriğin yayından çıkarılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infaz edilmesinde yaşanan sorunların çözülmesi için özel hukuk tüzel kişiliğine haiz Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin kurulması öngörülmüş ve Birlik, Kanununun 8. maddesi kapsamı haricindeki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını mümkün kılan alt yapıyı kurmakla yükümlü kılınmıştır. Madde 6/A 5.fıkarda Birlik, tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluş olarak tanımlanmıştır. Birlik, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na(BTK) bağlı olarak kurulacak ve faaliyet gösterecektir. Maddenin son iki

fıkrasındaki düzenlemeye göre tüm erişim sağlayıcıların Birliğe üye olması ve ücret ödemesi zorunludur. Birliğin gelirleri üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşacaktır. Bu da erişim ve yer sağlayıcılara ek bir gider yükü getirecek, bu yükün bedelini internet kullanıcıları ödeyecektir.

Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamayacağı hususu son fıkrada düzenlenmiştir. Kanuna eklenen 6/A maddesi bu haliyle Anayasanın haberleşme özgürlüğü (m.22), basın hürriyeti(m.28) , dernek kurma hürriyeti (m.33), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m.48) hakkındaki hükümlerine, Türk Ceza Kanunu'na(TCK) ve Dernekler Kanunu'na(DK) aykırıdır.

Söz konusu kanun değişikliği, **Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının** TİB tarafından alınması ve “kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılım erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanması” hususu düzenlenmektedir. Temel Ceza Hukuku prensibi olan “**Suç ve cezada kanunilik**” ilgili kanun hükmü tarafından ihlal edilmektedir. Anayasa m.38/1 ve TCK. m.2 'de düzenlenen⁷ “Suç ve cezada kanunilik ilkesi” ne göre “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.*” Anayasa ve TCK'da düzenlenen açık hüküm karşısında kanunda düzenlenmeyen bir suçtan dolayı erişim engeli kararı alınması hukuka aykırı olacaktır. Kanunun düzenle-

⁷ TCK m.2 şu biçimde düzenlenmiştir: “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”.

mediği (ya da suç saymadığı) bir fiilin tüzük ya da yönetmeliklerle “suç sayılması” normlar hiyerarşisine ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ayrıca 8. maddede sayılan katalog suçlar dışındaki suçlar için TİB’e erişim engelleme yetkisinin verilmesi, yargı yetkisinin idareye devredilmesi anlamına gelir.

Kanun değişikliğinde Erişim Sağlayıcıları Birliği “özel hukuk tüzel kişisi” olarak tanımlanmasına karşın ilgili kanun maddesinde düzenlendiği haliyle bir “kamu hukuk tüzel kişisi” olarak yapılandırılmıştır. Birliğin merkezi Ankara’dır; çalışma usul ve esasları BTK tarafından onaylanacak bir tüzükle belirlenecek ve tüzük değişiklikleri de BTK’nın onayına tabi olacaktır. Birliğe yapılan tebligat ülkedeki tüm erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacak ve Birliğe üye olmak zorunlu olup üye olmayanlar faaliyette bulunamayacaktır. Böylece Birliğin kurulması özel kuruluşların özgür iradeleriyle değil, Kanun zoruyla gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle Erişim Sağlayıcıları Birliği’ni düzenleyen madde, Anayasa’da⁸ ve Dernekler Kanunu’nda⁹ düzenlenen “derneğe üye olma ve dernekte üye kalmaya zorlanamama” özgürlüğünü ihlal edilmektedir. Madde 6/A, mevcut haliyle hem ulusal mevzuata hem de uluslararası normlara aykırılık içermektedir.¹⁰

⁸ Anayasa m. 33 şu biçimde düzenlenmiştir: “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. **Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.**”

⁹ Dernekler Kanunu 3. maddesinde dernek kurma özgürlüğü şu biçimde düzenlenmiştir. “Fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.”

¹⁰ AİHS’nin “Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü”nü düzenleyen 11. Maddesinin ilk fıkrası şu biçimde düzenlenmiştir: “Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.”

3.7. 5651 sayılı Kanun m.7 Değişikliği (Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlölükleri)

5651 sayılı Kanun'un 7. maddesi, toplu kullanım sağlayıcılarının (İnternet kafeler) sorumluluğunu düzenlemektedir.

Kanunun değişiklik içeren m.7/2'de internet toplu kullanım sağlayıcıların "*konusu suç oluşturan içeriكلere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlü*" olduğu belirtilmektedir. Değişen 7. maddenin üçüncü fıkrasında da "*Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlü*" olduğu hükmü bağlanmaktadır.

Kanunla düzenlenmesi gereken bir alanın yönetmelikle düzenlenmesi amaçlandığı için "kanunsuz suç ve ceza olmaz" olan kanunilik ilkesinin bu madde değişikliğinde de ihlal edildiği görölmektedir. Konusu suç oluşturan içeriكلere erişim engeli kararının alınabilmesinin ve kararın uygulanabilmesinin koşulu, kanun tarafından açıkça tespit edilmiş bir ceza hükmü ile mümkündür. Kanun dışında kalan normlar hiyerarşisi içinde alt normlarla(yönetmelik, tüzük, kanun hükmünde kararname vb.) suç ve ceza düzenlenmesi hukuka aykırıdır. Bu nedenle "konusu suç oluşturan içeriكلere erişimin engellenmesi" ancak 5651 sayılı kanunda ya da diğer kanunlarda olabilir.

7. maddenin dördüncü fıkrasında kanunda belirtilen yükümlölükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına yönelik yaptırımlar düzenlenmiştir. Değişiklik ile yaptırım oranları "*bin Türk Lirasından on beş bin Türk*

Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma” olarak arttırılmıştır.

3.8. 5651 sayılı Kanun m.8 Değişikliği (Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi)

Kanunun 8. maddesi internet ortamında iletişim özgürlüğü açısından yoğun eleştirilere yol açan erişim engelleme koşullarını düzenlemektedir. Mevcut düzenlemede 8.maddenin 1. fıkrasına göre internet ortamında içeriği kanunda sayılan suçları¹¹ oluşturduğu hususunda “yeterli şüphe sebebi” bulunan internet sitelerine erişimin engellenmesi kararı verilecektir.¹²

Girişte de belirtildiği gibi 5651 sayılı Kanunun mevcut 8. maddesi **AIHM'in 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım/Türkiye davasında (No. 3111/10)** verdiği kararla Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne

¹¹ 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine dâhil edilen 5816 sayılı kanunla ve yedi tanesi 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'da yer alan katalog suçlar şunlardır:

- 1.İntihara yönlendirme (madde 84)
- 2.Çocukların cinsel istismarı (madde 103/1),
- 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) ve 8.25/7/1951 tarih ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun
9. 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanununa aykırılık

¹²Uygulamada haksız erişim engelleme kararlarını engellemek için somut ve kesin delillere dayalı “kuvvetli şüphe” kavramı, “yeterli şüphe” kavramına nazaran erişim engellenmesi kararının alınabilmesi için daha “hukuki” bir kavram gibi durmaktadır. Kaldı ki “kuvvetli şüphe” ifadesi kanuna eklense dahi bu erişim engelleme kararlarını evrensel hukuka uygun hale getirmeyecektir.

aykırılık oluşturduğuna hükmetmiş ve kanunun 8. maddesinin AİHS ve AİHM içtihatlarında belirlenen "yasa" niteliği taşımadığı sonucuna varmıştır. AİHM kararına göre 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi ***herkes için ulaşılabilir, öngörülebilir nitelikleri taşımamakta ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmamaktadır.*** Bu karar sonucunda Türkiye'nin yapması gereken 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesini uluslararası normlara uygun olarak düzenlemek iken ilgili Kanun değişikliği ile 8. maddedeki erişim engelleme ölçütleri aynen korunmuştur. Erişim engelleme ölçütlerindeki tek değişiklik, Kanunun 4. fıkrasında yer alan TİB'in re'sen (hâkim ya da mahkeme kararı olmadan) erişimin engellenmesi kararı vereceği suçlar açısından olmuştur. Buna göre , "çocuğun cinsel istismarı" ve "müstehcenlik" suçlarına ek olarak "fuhuş" suçu da Başkanlığın re'sen erişim engelleme kararı alabileceği suçlar arasında sayılmıştır.

Erişim engelleme yöntemlerinde Kanunun 2. maddesinde yapılan değişiklik 8. Maddenin uygulanmasında etkilidir. Kanunun 2. maddesinde "erişim engellemesi" şu biçimde tanımlanmaktadır: "*Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesi*". Ancak 8. maddede TİB'in ya da mahkemelerin hangi koşullarda hangi yöntemlere başvurması gerektiği hususu düzenlenmemiştir. Erişim engelleme yöntemleri arasında sayılan *alan adı engellemesi (DNS), IP adres engellemesi* ya da *içerik engellemesi (URL)* yöntemlerinin uygulamada farklı sonuçlar verdiği açıktır. Kanunun 2. maddesinde geçen "benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesi" ifadesinin ucu açık olup, internete total olarak erişimin engellenmesini mümkün kılabilir. Bu noktada hangi koşullarda hangi yöntemlerin kullanılması gerektiğine ilişkin kanunda

belirsizlik söz konusudur. Kanun hükmünden kaynaklanan belirsizlik, keyfiyete yol açabilmekte ve internet kullanıcılarının iletişim özgürlüğünü engelleyebilmektedir. Bu anlamda 8. Madde düzenlemesinin AİHM kararında da ifade edildiği gibi idarenin takdir yetkisinin sınırını net belirtmediği, herkes için ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikleri taşımadığı söylenebilir.

Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrasına 6518 sayılı kanunla bir cümle eklenmiştir. Buna göre: “*Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir.*” Bu hüküm erişim engelleme kararının sınırlı bir süre için verilebileceğini düzenlediği için bir önceki düzenlemeye göre olumludur. Ancak bu ek cümle dahi kanunun 8. Maddesindeki erişim engelleme ölçütlerindeki belirsizliği ortadan kaldırmamaktadır. Erişim engelleme kararlarının uygulanmasının doğurduğu en önemli sonuç, internet kullanıcılarının iletişim özgürlüklerinin ağır biçimde ihlal edilmesidir. İkinci sonuç, erişim engeli kararına karşı ilgili muhatapların haberdar edilmemesi, bilgilendirilmesidir. Böylece muhataplar, itiraz haklarını kullanamamaktadır. Erişim engellemesi ölçütlerini ve usulünü düzenleyen kanun maddesinin(8. Madde) “yeterli suç şüphesi” olduğu gerekçesiyle erişim engeli kararı alınan internet sitesi sahiplerinin itiraz hak ve usulünü de ayrıntılı olarak düzenlemesi gerekir.

Kanunun 8. maddesindeki diğer değişiklik ise “koruma tedbiri” olarak verilen erişim engellemesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının yükümlülüklerine ilişkin öngörülen cezaların niteliğidir.

Maddenin 10. fıkrasında, erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyen yer sağlayıcı veya erişim sağlayıcı hakkında hapis cezası yerine “beş yüz günden üç bin güne kadar adli

para cezası” ile cezalandırılması öngörülmüştür. Hapis cezasının kaldırılması kuşkusuz olumlu bir düzenlemedir. Ancak koruma tedbirini yerine getirmeyen kuruluşlar açısından adli para cezasının oldukça yüksek olduğu açıktır. Ayrıca ilgili madde değişikliğinde uluslararası normlara aykırı olarak “yer sağlayıcının da erişimin engellenmesi ile ilgili sorumlu tutulması” ilgili düzenlemeyi hukuka aykırı hale getirmektedir. 23.11.2001 yılında taraf devletlerin imzaladığı ve Türkiye’nin de 10.11.2010 tarihinde imzaladığı Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi’nin 20. ve 21. Maddelerinde suç içeren internet içeriği ile ilgili sorumlu olan özel kuruluşlar “mevcut teknik imkanları çerçevesinde” erişim sağlayıcılarıdır (internet servis sağlayıcılar). Siber Suç Sözleşmesi, özellikle elektronik alanda yapılacak düzenlemeler ve bu alanda alınacak önlemlerde; ifade ve iletişim özgürlüğü, insan haklarına saygı ilkesi, kişisel hakların korunması ve orantılılık ilkesi gibi uluslararası insan hakları standartlarını belirleyen antlaşmaların temel alınması gerektiğine vurgu yapmaktadır. Buna göre sözleşmeyi uygulayacak olan Türkiye’nin de içinde olduğu taraf devletler, AİHS, BM İnsan Hakları Bildirgesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi gibi uluslararası insan hak ve özgürlüklerini düzenleyen antlaşmaları dikkate almak zorundadır. Sözleşmenin ilgili maddeleri (20. ve 21.) yasa uygulayıcılarına servis sağlayıcılar üzerinden bilgi ve verilerin toplanmasını, bilgi ve verilerin kaydedilmesini hususlarında iç hukukta yasal düzenlemeler yapılmasını düzenlemektedir. İlgili maddelerde erişim sağlayıcılarının (servis sağlayıcıların) **teknik imkanlar çerçevesinde** içeriği suç oluşturan internet siteleri ile ilgili sorumlu olduğu hususu düzenlenmiştir. Bu konuda uluslararası hukuk standardı da somut suç şüphesi üzerine mahkeme kararı alınarak bilgi ve verilerin erişim sağlayıcılar aracılığıyla toplanması ve kaydedilmesidir.

Uluslararası normlarda “hosting” ya da barınma hizmeti sağlayan yer sağlayıcılar için bu sorumluluk düzenlenmemiştir. 5651 sayılı Kanun değişiklikleri ile yer sağlayıcılara internet suç içerikleri ile ilgili sorumluluk yüklenmesi, bu anlamda Türkiye’nin imzaladığı uluslar arası antlaşmalara aykırıdır. Hukuka uygun bir düzenleme, erişim sağlayıcıların kuvvetli suç şüphesi ve mahkeme kararı ile “teknik imkanlar ölçüsünde” internet içeriğinden sorumlu olması ve yer sağlayıcının sorumlu olmamasıdır.

6527 sayılı kanunla 8. maddeye eklenen 15. fıkrada “*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*” ifadesi hükme bağlanmıştır. Bu madde fıkrasının eklenmesinin amacı, internet hukuk uygulamaları için bir “ihtisas mahkemesi” oluşumunu sağlamak içinse kuşkusuz olumlu bir düzenlemedir. İnternetteki hukuka aykırı içeriğin denetimini gerçekleştirecek ihtisas mahkemelerinin bulunması; internet ortamı/iletişimi/yayını ile ilgili davalarda yetki ve görev sahibi mahkeme üyelerinin “ihtisaslaşması” kısaca kanun uygulayıcılarının “uzmanlaşması”, Türkiye’nin ihtiyacı olduğu bir konudur. Ancak HSYK tarafından belirlenecek bir Sulh Ceza Mahkemesinin yalnızca “internete erişim engeli kararlar” alması, iletişim özgürlüğü açısından sakıncalı bir durum yaratacaktır. Bir başka açıdan erişim engeli kararlarının belirli sulh ceza mahkemeleri tarafından alınması, “adalete” olan güveni zedeleyebilecektir.

3.9. 5651 sayılı Kanun m.9 Değişikliği (İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi)

5651 sayılı Kanun m.9, 6518 sayılı Kanunla metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir. Eski düzenlemede maddenin başlığı “İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” iken 6518 sayılı kanunla başlık “içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi” olarak değiştirilmiştir.

6518 sayılı Kanunla değişen 9. maddenin ilk fıkrasına göre “internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden” gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlara iki seçimli hak tanınmıştır. Bunlardan ilki içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını istemek ya da doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini talep etmektir. Kişilerin talepleri 2. fıkraya göre içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç 24 saat içinde cevaplandırılacaktır.

Kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla kişilerin sulh ceza hâkimine başvurmaları durumunda hâkim, erişimin engellenmesi kararlarını yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb.) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verecektir. Ancak, hâkim, URL engellemesi ile ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirirse gerekçeli olarak tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine karar verebilir(4.fıkra). Hâkim bu başvuruyu 24 saat içinde karara bağlayacak ve verdiği kararı Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne gönderecektir. Birlik, erişimin engellenmesi kararının gereğini en geç 4 saat içinde yerine getirecektir (5,6,7,8.fıkralar). Kişilik hakkı ihlalinin önlenmesi açısından mahkeme kararının bir an önce uygulanması önemli olmakla birlikte 4 saatlik kısa bir sürede erişimin engellenmesi kararının hayata geçmesi zor

görünmektedir. Bu hükmün erişim sağlayıcıları birliğine ve erişim sağlayıcılara ağır bir sorumluluk yüklediği açıktır. Kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgilinin Birliğe müracaat etmesi durumunda mevcut karar, bu adresler için de uygulanacaktır. 10.fıkraya göre bu yükümlülükleri yerine getirmeyenler beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

5651 sayılı Kanununun 9. Maddesindeki değişiklik ile eski düzenlemede yer alan kişilik haklarını ihlal eden içeriğin uyarı yoluyla kaldırma uygulamasından çıkıp URL tabanlı bir engelleme uygulamasına geçilecektir. Böylece şartları varsa “kişilik haklarının ihlali” durumunda -tıpkı 8. maddede sayılan katalog suçların varlığında olduğu gibi- erişim engeli kararı alınabilecektir.

3.10. 5651 sayılı Kanuna Eklenen 9/A Maddesi (Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi)

5651 sayılı Kanuna eklenen 9/A maddesine göre internet içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, TİB’e doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini isteyebilir. TİB’e yapılan istekte; yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilmesi gerekmektedir. TİB, talebin gerine getirilmesini 4 saat içinde Erişim Sağlayıcıları Birliği aracılığıyla yerine getirecektir. TİB tarafından uygulanan erişim engelleme kararı URL yöntemi ile olacak ve hak ihlaline neden olan içeriği kapsayacaktır.

Kanun teklifinde maddenin ilk fıkrası “*içerik nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar*” olarak düzenlendiği halde kamuoyunun “tüzel kişilerin, kamu kurum ve kuruluşlarının özel hayatının gizliliği olamaz” eleştirisi dikkate alınmış; söz konusu ibare, tasarı Meclis Genel Kurulu’na geldiğinde kaldırılmıştır.

Ek maddenin diğer fıkralarına göre erişim engellemesi talebinde bulunan kişi, talepte bulunduğu andan itibaren 24 saat içerisinde sulh ceza hakimine başvuracak ve sulh ceza hakimi en geç 48 saat içerisinde kararını açıklayarak kararı TİB’e gönderecektir. Aksi halde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkacaktır. Hâkim tarafından verilen karara karşı TİB, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre bir üst mahkemeye itiraz yoluna gidebilecektir. Madde 9/A düzenlemesinin itiraz hakkını TİB’e tanıması; hak sahibine ya da internet sitesi sahibine tanımaması ilginçtir.

Önceki kanun teklifinde yer alan 9/A maddesi son fıkrasında hukuk devleti ilkesi açısından büyük sakınca oluşturan “*özel hayatın gizliliğinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkan veya Başkanlığın ilişkili olduğu Bakanın emri üzerine erişim engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır*” düzenlemesi eleştiriler üzerine 6527 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle değiştirilmiştir. 6527 sayılı kanunla yapılan değişikliğe göre 5651 sayılı Kanunun 9/A maddesinin 8. Fıkrası gereğince özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan TİB Başkanının emri üzerine erişimin engellenmesinin yapılabilecektir. Maddenin son fıkrasına göre de TİB kararını 24 saat içinde sulh ceza hâkiminin

onayına sunacak ve hâkim, kararını 48 saat içinde açıklayacaktır.

Maddenin değiştirilmiş haliyle 8. fıkrası, iletişim özgürlüğü açısından sakıncalıdır. Herhangi bir şikayet ya da başvuru olmasa dahi TİB “özel hayatın gizliliğinin ihlali” nedeniyle doğrudan erişim engelleme kararı alacaktır. TİB Başkanı tarafından verilen erişim engelleme kararına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz hakkının tanınması, sakıncalı durumu *tamamen ortadan kaldırmamaktadır*. Asıl sorun, 5651 sayılı Kanun değişikliğinin hukuka ve uluslar arası normlara aykırı olarak idari otoritelere “seri bir şekilde” erişimin engellenmesi yetkisi tanınmasıdır. İdari bir otorite olan TİB, kanun değişiklikleri sonucunda neredeyse her başvuruyu otomatik olarak erişim engelleme kararı ile sonuçlandırmak üzere yapılandırılmıştır. Talep üzerine (ya da talep olmadan) erişimin engelli kararı almak Ceza Kanunu’nun temel ilkelerinden *masumiyet karinesinin ihlali* anlamına gelecektir. Ayrıca sulh ceza mahkemesinin 48 saat içinde vereceği karar duruşma yapılmadan verileceği için *adil yargılama hakkını* düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun, Ceza Yargılaması Kanunu’nun ilgili maddelerine ve AİHS’nin 6. maddesine aykırıdır.

Kamu otoriteleri her somut olayda kişilik hakları ve kamu yararı dengesini gözetmelidir. Bu anlayış mahkeme içtihatlarıyla da somutlaşmıştır. Kişilik hakkını ya da özel hayatın gizliliğini ihlal eden bir zararlı içerik nedeniyle tamamen internet ortamına erişimin engellenmesi, milyonlarca insanın iletişim özgürlüğünün ihlali, Anayasal bir hüküm olan ve AİHM içtihatlarında yerleşen *ölçülülük ilkesine* aykırı olacaktır. Maddenin (9/A) hükmünden çıkan genel sonuç, TİB’in giderek yargı makamlarının yerine geçerek erişim engelleme kararlarını doğrudan verme yetkisini elde etmesidir. Kuşku-

suz bu durum, iletişim özgürlüğü yanında hukukun *asgari temel ilkelerini* de ihlal etmektedir.

3.11. 5651 sayılı Kanun m.10 Değişikliği (İdarî yapı ve görevler)

TİB'in görev ve yetkilerinin sayıldığı 10.maddenin 4.fıkrasının (a) bendine "*internetin güvenli kullanımını sağlamaya, bilişim şuurunu geliştirmeye*" ibaresi eklenmiştir. Böylece "güvenli internet" hizmetinin sağlanması da TİB'in görevler arasında yer almıştır. Benzer şekilde kanunun 10. Maddesine eklenen 5. fıkra ile TİB, Bakanlık bünyesinde oluşturulan "*İnternet Geliştirme Kurulunca internetin yaygınlaştırılması, geliştirilmesi, yaygın ve güvenli kullanılması gibi konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları*" alacaktır.

Değişiklikle 10. maddesine eklenen 6. ve 7. fıkralarla TİB'in ulusal siber güvenliğin sağlanması ve saldırıların önlenmesi amacıyla içerik, yer, erişim sağlayıcılar ve ilgili diğer kurum ve kuruluşlarla işbirliği içinde hareket edeceği, TİB'in görevlerini ifası amacıyla araştırma ve geliştirme merkezleri kurulabileceği hükmü yer almaktadır. 10. maddeye eklenen TİB ile ilgili son fıkralarda internet içerikleri denetiminde "güvenlik eksenli" bir tutumun benimsendiği görülmektedir. İçeriğinde hukuka aykırı suç olduğu düşünülen siteleri izleme, denetleme, izleme vb. yetkisi Ulaştırma Bakanlığı bünyesinde kurulacak olan İnternet Geliştirme Kurulu'na bırakılmıştır. Kurul tarafından "internetin güvenli kullanımı" ile ilgili önerilerle ilgili TİB, "her türlü tedbir veya kararı" alacaktır. Kanun hükmünde kararname ile oluşturulan İnternet Geliştirme Kurulu'nun internet ortamını denetleyen bir "ulusal güvenlik kurumu" olarak çalışacağı anlaşılmaktadır.

10. madde değişikliği, internet ortamının “özgürlük sorunu”ndan çok “güvenlik sorunu ” olarak görüldüğünü ortaya koymaktadır.

3.12. 5651 sayılı Kanun m.11 Değişikliği (Yönetmelikler)

Kanunun 11. Maddesinin ikinci ve son fıkrası yer, içerik ve erişim sağlayıcılar için yetkilendirme belgesi verilmesine ilişkin ibare kaldırılmış ve yer, içerik ve erişim sağlayıcıların yükümlülüklerinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun çıkaracağı yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu yönetmelik, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş ay içinde çıkarılacaktır.

3.13. 5651 sayılı Kanun Ek-1. Madde Değişikliği

5651 sayılı Kanunun Ek-1. Maddesine 6518 sayılı Kanun ile dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere (5) ve (6) no’lu bentler eklenerek TİB Başkanına ve personeline “yargı dokunulmazlığı zırhı” getirilmiştir. Yeni düzenlemeye göre Başkanlık personelinin kanunlar kapsamındaki görevlerini yerine getirirken görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında ceza soruşturma yapılması TİB Başkanı için Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanı’nın, diğer personel için ise Kurum Başkanının izni gerekmektedir. Bu düzenleme ile idari bir otorite olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve personeli, yargısal denetimin sınırları dışına çıkarılmakta adeta “milletvekili dokunulmazlığı” na ya da Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanı ve personelinin sahip olduğuna benzer bir “dokunulmazlık alanı”na sahip kılınmaktadır.¹³ Ek-1. madde bu haliyle *hukukun evrensel*

¹³ 2012 yılı değişiklikle 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 26. maddesi şu biçimde düzenlenmiştir:

ilke ve esaslarına, hukuk devleti ilkesine, bir başka ifadeyle hukuk devletinin genel gereklerinden olan idarenin hukuka bağlılığı ve idarenin kanuna saygı ilkesine aykırılık taşımaktadır. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü' nü düzenleyen T.C. Anayasa'sının 11. Maddesine göre “ Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”. Anayasanın 125. maddesinde de “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” denilmek suretiyle hukuk devletinin özel gerekliliklerinden olan yürütme ve idare organının hukuka bağlılığının temel şartı ortaya konulmuştur. Buna göre: İdarenin bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine tâbi olmalıdır. İdare yapacağı tüm eylem ve işlemlerde Anayasaya ve kanunlara bağlı olmalı; bu eylem ve işlemler yargı denetimine açık olmalıdır. Mevzuatımızda idarenin hukuka bağlılığı ilkesi bakımından kimi istisnalar, Anayasa ve kanunlarda sayılmıştır. Cumhurbaşkanı, milletvekilleri ve kimi yüksek kamu görevlileri için öngörülen “dokunulmazlık zırhı” ya da Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin, HSYK (Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu) kararlarının, Yüksek Askerî Şûranın kimi kararlarının yargı denetimi dışında olmasını dar yorumlamak gerekir. Anayasa ya da kanunlarda sayılan hukuk devletinin kimi “istisnaları” , idarenin ya da yürütme organının evrensel hukuk ilke ve esaslarına uymayacağı anlamına gelmez. Yürütme ve idare,

“MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır.”

hukuk devleti ilkesi gereği her koşulda hukuka uymak;
yargısal denetime açık olmak zorundadır.

Kanunun Ek-1. maddesindeki TİB Başkanı ve personeli için düzenlenen “yargı dokunulmazlığı” istisnasını, idarenin hukuka bağlılığı ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmek gerekir. Kanun maddesinde geçen “*görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlar*” ibaresi açık uçlu olup TİB ve personelinin göreviyle ilgisi olmayan suçların da soruşturulması önünde engel oluşturmaktadır. TİB ve personelinin hem kamusal görevi hem de görevi dışındaki suçlarının yargısal denetim dışına çıkarılması hukuk devleti ilkesinin ağır bir ihlali olarak durmaktadır.

3.14. 5651 sayılı Kanuna Eklenen Geçici 3. Madde

5651 sayılı Kanuna eklenen geçici 3. maddeye göre kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulacak ve en geç bir ay içerisinde tüm internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmecilerin üyeliklerini tamamlaması zorunlu olacaktır. Birliğin belirtilen sürede kurulamaması ve Birliğin kurulmasından itibaren bir ay içinde üyeliğini tamamlamayan internet servis sağlayıcıları veya erişim hizmeti veren işletmeciler hakkında Telekomünikasyon Kurumu tarafından idari para cezası uygulanacaktır.

Bu düzenleme ile tüm erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcı şirketler, idari para cezası ile karşılaşmamak için Erişim Sağlayıcıları Birliği’ni kurmak ve Birliğe üye olmak zorundadır. Ayrıca erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcı şirketlerin faaliyet belgelerinin izin işlemleri de BTK ve TİB gibi idari kurumlar

eliyle yapılmaktadır. Bu noktada 5651 sayılı Kanun değişiklikleriyle TİB'in *hukuk devletinde olağan sayılamayacak bir ölçüde aşırı yürütme yetkileriyle donatıldığı* söylenebilir.

4. Twitter ile Youtube Erişim Engellemesi

5651 sayılı İnternet Kanunu değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ardından Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın 20.03.2014'te Bursa'da miting'te yaptığı Twitter ile ilgili konuşmasından kısa bir süre sonra Twitter.com sitesi erişime engellenmiştir. TİB, erişim engelleme kararının hukuksal dayanağı olarak İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 03.02.2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararı, İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 18.03.2014 tarih ve 2014/181 sayılı kararı, Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 04.03.2014 tarih ve 2014/223 sayılı kararı ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 7.03.2014 tarih ve 2011/762 kararını göstermiştir. TİB de bu kararlara dayanarak Twitter.com sitesine yönelik koruma tedbiri uyguladığını açıklamıştır.

Ulusal hukuk mevzuatı, AİHS'nin 10. Maddesi ve AİHM içtihatları çerçevesinde ifade ve iletişim özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için öncelikle herkes için öngörülebilir ve ulaşılabilir, hukukun evrensel ilkelerine uygun "kanuni bir dayanak" olması şarttır. TİB'in Twitter hakkında uyguladığı erişim engelleme kararlarının dayandığı yargı işlem ve kararlarının hiçbirinin Twitter.com sitesinin erişiminin engellenmesini mümkün kılacak nitelikte olmadığını belirtmek gerekir.

Bilindiği gibi mevcut durumda Türk Ulusal mevzuatına göre erişim engelleme kararları yalnızca 5651 sayılı Yasanın 8 ve 9. maddelerine dayalı olarak verilebilir. TİB'in kanuni

dayanak olarak gösterdiği yargı işlem ve kararlarının hiçbirinin 5651 sayılı kanuna uygunluk taşımadığı açıktır. 5651 sayılı kanunun 8. Maddesine göre Savcı (Başsavcı) ancak şu koşullarda erişim engellemesi kararı verebilir:

“(Erişim engellemesi kararı veren) 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.”

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 07.03.2014 tarih ve 2011/762 kararı hâkim tarafından onaylanmamıştır. Kanunun ilgili hükmüne göre de yürürlükten kalkmıştır.

İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 5651 sayılı kanun değişikliğinden önce verdiği 03.02.2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararı “sahte oluşturulmuş ilgili twitter hesaplarının kapatılması” ile ilgili olduğundan Twitter.com sitesinin tamamına erişimin engellenmesi ile ilgisi yoktur.

İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 18.03.2014 tarih ve 2014/181 sayılı kararı 5651 sayılı Yasanın 9/3 maddesi gereği belirli bir adresteki yayını engellemeye dönük (URL adresi) olduğundan sitenin tamamının engellenmesi ile ilgisi yoktur.

Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 04.03.2014 tarih ve 2014/223 sayılı kararı da 5651 sayılı kanunun 9. maddesine göre belirli URL adreslerine erişimi engellemeye yönelik olduğundan bu karara dayanarak sitenin TİB tarafından tamamının engellenmesi hukuken mümkün değildir

Yargı işlem ve kararlarından çıkan sonuç; TİB ve BTK'nın erişim engellemesi uygulamasının hiçbir hukuki dayanağının olmadığıdır. 5651 sayılı kanunun 8. ve 9. maddelerine dayalı bir erişim engelleme kararı mevcut değildir. BTK ve TİB, kanuni hiçbir yetkileri olmamasına rağmen Twitter.com sitesinin tamamına erişimi engellemişlerdir. BTK ve TİB, hukuka aykırı bir idari işlem gerçekleştirerek "fonksiyon gaspı" yaptığı gibi DNS ve IP adresi engelleme yöntemi kullanarak sunucu üzerindeki içeriğin tümünü engellediklerinden ifade özgürlüğünü ihlal etmiştir.

24.04.2014 Tarihinde Kerem Altıparmak, Yaman Akdeniz ve Mustafa Sezgin Tanrıkulu'nun T.C. Anayasa Mahkemesi'ne tedbir talepli olarak yaptıkları bireysel başvurularda TİB'in erişim engellemesi kararının, ifade, bilim ve sanat özgürlüğünü (AY md. 26 ve 27, AİHS md. 10), seçme ve seçilme hakkını (Anayasa md. 67; AİHS Ek 1. Protokol, md. 3) ve etkili başvuru hakkını (AY md. 40, AİHS md. 13) ihlal ettiğinin tespiti ve erişim engelleme kararının kaldırılması için gereğinin TİB'e bildirilmesi talep edilmiştir.¹⁴

Aynı gün 24.3.2014 tarihinde Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'nın Ankara 15. İdare Mahkemesi'ne yaptığı başvuru sonucu İdare Mahkemesi, 26.3.2014 günü E.2014/511 sayılı kararıyla TİB'in hukuka aykırı erişim engellemeye ilişkin idari işleminin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Mahkemenin kararı aynı gün içinde TİB'e tebliğ edilmiş olmasına rağmen TİB, kararı uygulamamıştır. T.C. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapanlar açısından da TİB'in bu tutumu, T.C. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru

¹⁴ T.C. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu, Kerem Altıparmak & Yaman Akdeniz, 24.03.2014, <https://www.yumpu.com/tr/document/view/24357184/anayasa-twitter-basvurusu>, erişim: 12.06.2014

öncesi “etkin bir hukuki başvuru yolu kalmadığı” yolunda bir kanaat oluşturmuştur.

T.C. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Barolar Birliği'nin başvurusu sonucu İdare Mahkemesinin aldığı yürütmeyi durdurma kararı uygulanmadığı için kendisine yapılan bireysel başvuruda iç hukukun tüketildiğini kabul etmiştir. Milyonlarca internet kullanıcısının ifade ve iletişim özgürlüğünü ihlal ettiği için n İdari Yargılama Usülü Kanunu'ndaki 30 günlük uygulama süresinin burada geçerli geçerli olmadığına yönelik bir tutum sergileyen ve idarenin mahkeme kararlarına uyması gerektiğinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğuna işaret eden¹⁵ Yüksek Mahkeme, 02.04. 2014 tarih ve 2014/3986 sayılı kararıyla TİB'in hukuka aykırı ve yetki gaspı gerçekleştirerek erişim engelleme kararı verdiği tespit etmiştir. Yüksek Mahkeme kararında “*milyonlarca kullanıcı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi*” ne dikkat çekerek sosyal medya düzenlemelerinin “hassas” niteliğine dikkat çekmiştir:

¹⁵ Anayasa m. 138/4 şöyledir: “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*”

2577 sayılı İdari Yargılama Usülü Kanunu m. 27/2'nin birinci cümlesi şöyledir:
“*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir.*”

“İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.”¹⁶

Yüksek Mahkeme, TİB’in erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin “kanuni dayanağının bulunmadığı” nı tespit etmesi ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin “kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu” yönündeki değerlendirmesi önemlidir. Ayrıca Yüksek Mahkeme kararında bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılmasının demokratik hukuk devleti açısından bir zorunluluk olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin Twitter yasağını kaldıran bu kararı, YouTube'a yönelik yerel mahkemelelerin erişim engellenmesi kararlarının kaldırılmasında da “emsal” oluşturması açısından önemlidir.

¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/472bbf6e-ce2c-4c83-a402-6bdd44702537?wordsOnly=False>, erişim:12.06.2014

27.03.2014 tarihinde YouTube internet sitesinde Suriye politikası ile ilgili kayıtlarının yayınlanmasının ardından siteye Türkiye’den erişim engellenmiş ve TİB, engelleme gerekçesi olarak Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27.03.2014 tarihli kararını işaret etmiştir. TİB’in sitesinde Youtube.com sitesinin erişime engellenme gerekçesi, Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27/03/2014 tarihli ve 2014/358 Değişik İş No.lu Kararı ve 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin 1/b bendinin ihlali (25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar) olarak açıklanmıştır.

Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin 27.03.2014 tarihli ve 2014/358 Değişik İş No.lu kararı ise Youtube.com sitesine yönelik erişim engellemesinin gerekçesi olarak, ilgili site bağlantılarının “Devlet sırlarını ifşa ve faaliyetini” içerdiğinden gecikmesinde sakınca olduğuna hükmederek Anayasa’nın ve TCK’nın ilgili maddeleri gereğince erişimin engellenmesi kararı verildiği anlaşılmaktadır. Türkiye Barolar Birliği’nin itirazı üzerine Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi, bu kez Anayasa Mahkemesinin 02.04. 2014 tarih ve 2014/3986 sayılı kararını dikkate almış ve 04.04.2014 tarihli 2014/381 değişik iş sayılı kararıyla önceden vermiş olduğu Youtube.com ile ilgili kendi kararını (27.03.2014 tarihli ve 2014/358 Değişik İş No.lu Karar) “ifade özgürlüğünün ağır ihlali” olduğu gerekçesiyle kaldıracaktır. Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesinin kararına karşı Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bir üst mahkemeye (Asliye Ceza) 04.04.2014 tarihinde itiraz edilmiştir. İtirazı değerlendiren Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi, 04.04.2014 tarihli ve 2014/81 Değişik İş sayılı kararıyla, Youtube.com İnternet sitesinin tüm yayınına erişimin suça konu içerikler engellenmenin devamına hükmetmiştir.

Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi ve Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'nin erişim engelleme kararları incelendiğinde söz konusu kararların "askeri casusluk, gizli kalması gereken devlet sırları vb." (TCK m. 328/1: Siyasal veya askerî Casusluk ve TCK m. 330/1: Gizli kalması gereken bilgileri açıklama) ile ilgili olarak yapılan soruşturma kapsamında verildiği görülmektedir. Böylece Gölbaşı Sulh ve Asliye Ceza Mahkemelerinin kanuni dayanağının 5651 sayılı İnternet Kanunu olmadığı açıktır. Her iki mahkeme, Youtube.com sitesinin tamamına yönelik erişimin engellenmesi kararını alırken Anayasanın ve Türk Ceza Kanununun "askeri casusluk, gizli kalması gereken devlet sırları vb." hükümlerini kanuni dayanak olarak göstermiştir. Anayasa'nın 13. maddesinde "temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" hükmü yer almaktadır. Kanunda öngörülme­yen bir sınırlama nedeni, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için gerekçe olamaz ve sınırlandırma Anayasa'ya aykırılık teşkil eder. Böylece 5651 sayılı İnternet Kanunu'nun 8. Maddesinde sayılan katalog suçlara girmeyen bir hükme dayanarak erişimin engellenmesi kararının verilmesi hukuka aykırı olacaktır.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı ve diğer başvuru­cular¹⁷, youtube.com isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair TİB'in işlemi nedeniyle Anayasa'nın 22., 26., 27., 40., 48. ve 67. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürerek 4/4/2014, 7/4/2014, 8/4/2014, 14/4/2014 ve 24/4/2014 tarihlerinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmış ve Mahkeme, bu başvuruların konu bakımından aynı nitelikte

¹⁷ Diğer başvuru­cular şunlardır: Youtube LLC Corporation Service Company Temsilcisi John Kent Walker, Kerem Altıparmak, Yaman Akdeniz, Mustafa Sezgin Tanrı­kulu, Erol Ergin, Mahmut Tanal ve Mesut Bedirhan­oğlu

bulunmaları nedeniyle başvuruların 2014/4705 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 2014/4705 başvuru sayısıyla 29.5.2014 tarihinde oyçokluğuyla verdiği “ilke kararı”nda TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin “*kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu*” gerekçesiyle youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin “*yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı*” ve idari işlemin “*site-den yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde*” olduğu için Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁸ Yüksek mahkeme, tıpkı Twitter kararında olduğu gibi internetin ve sosyal paylaşım ağlarının modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip olduğuna vurgulamıştır:

“Bahse konu içerikler nedeniyle 'YouTubecom' isimli internet sitesine erişimin engellenmesi yalnızca bu engellemeye dayanak gösterilen ve URL bazlı verilen kararla mümkün iken, 'YouTube.com' isimli internet sitesine tamamen erişimin engellenmesinin, 'YouTube.com' ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne yönelik ağır müdahale niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Ülkemizde milyonlarca kullanıcısı olan

¹⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Kararı, Başvuru No: 2014/4705, Karar Tarihi: 29/5/2014, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e08bbc9d-6949-4951-9bac-3b51ddf0004c?wordsOnly=False>, erişim:17.06.2014

bir video paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kullanıcıların anayasanın 26. ve AİHS 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğüne müdahale olduğu görülmüştür. Erişimin engellenmesi yönündeki sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kriterlere aykırılık oluşturduğu, özel hayatın korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi sağlamadığı, bu suretle mahkememiz kararının 'YouTube.com' isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin kısmının, anayasamız ve AİHS ile güvence altına alınan ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte olduğu anlaşıldığından itirazın kabulüne karar vermek gerekmiştir.”

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, idari bir kurum olan TİB'in 5651 sayılı İnternet Kanunu değişiklikleri ile yargı organlarını da aşan olağanüstü bir yetki tanınması sonucu Twitter ve YouTube'u sitesinin tamamına erişime engellemesinin Anayasa'ya ve Uluslararası Hukuk mevzuatına aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkemenin almış olduğu Twitter ve Youtube 'emsal kararları' ile TİB'in yetkilerinin "kapsam ve sınırlarının belirsiz" olduğu tespit edilmiş; böylece şimdiye kadar almış olduğu erişim engelleme kararlarının hukuka aykırı olduğu ortaya çıkmıştır.

Sonuç

İnternet, hak ve özgürlüklerle birlikte düşünülmesi gereken bir ortamdır. Bu noktada öncelikle *kamu otoritelerinin müdahaleden kaçınması yükümlülüğü* olan "negatif özgürlük" alanı içerisinde yer alır. Başta ifade ve iletişim özgürlüğü olmak üzere özel hayatın gizliliği, kişisel hakların korunma-

sı, kişisel mahremiyet, kişisel verilerin korunması, bilgi edinme ve yayma hakkı, insan haklarına saygı gibi haklar çerçevesinde bu alanın düzenlenmesi gerekir. İnternet söz konusu olduğunda kamu otoritelerinin yalnızca “negatif sorumluluğu/yükümlülüğü” yeterli değildir. Kamu otoritesi yalnızca müdahaleden kaçınmakla, hak alanına dokunmakla yetinemez. AİHM içtihatları çerçevesinde kamu otoritelerinin ifade, iletişim ve basın özgürlüğünün güvence altına alınmasında pozitif yükümlülükleri de vardır. Buradan şu sonuç çıkar: İnternetle ilgili yasal düzenlemeler, ifade ve iletişim özgürlüğünü tehdit etmeyecek; onu güvence altına alacak bir anlayışla yapılmalıdır. Elbette kamu otoritesi, internet ortamında hukuka aykırı içerikler konusunda gerekli yasal ve idari tedbirleri almak zorundadır. Demokratik bir toplumun gerekliliği, kamu otoritesinin bu tedbirleri alırken hukuk devleti ilkelerine, ifade özgürlüğünün korunması ilkesine ve insan haklarına saygı ilkesine uygun bir şekilde hareket etmesidir. Kamu otoritesi, çocuk pornografisi, ırkçı, şiddete çağrı yapan nefret söylemleri gibi hukuka aykırı suç taşıyan içerikleri engellemesi gerekir. Nitekim AİHM’nin zorunlu yargı yetkisini kabul eden kimi Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerden İngiltere, çocuk pornografisi konusunda ; Fransa, telif haklarının ihlali konusunda; Almanya ise ırkçı ve nefret söylemi konusunda son çare olarak içerik engellemesi yoluna tedbir olarak başvurmaktadır. Elbette bu uygulamada internet içeriğine erişim engellemesi kararları, idari bir otorite tarafından değil yargı organları tarafından verilmektedir. Buna karşın hukuka aykırı mücadelede Avrupa Birliği, internet içeriği ile ilgili düzenlenmelerde “erişim engelleme yöntemi” ni *tavsiye etmemektedir*. Bunun temel nedeni, erişim engellerinin farklı teknikler kullanılarak aşılabilir olmasıdır. Avrupa Konseyi ve AB yasaklama ya da erişimi engelleme yerine, hukuka aykırı içeriklerin önlenmesi için önleyici ve filtreleyici özdenetim mekanizmalarını spesifik ve lokal düzeyler-

de (yurttaşlar ve internet servis sağlayıcılar arasında işbirliğiyle) ifade ve iletişim özgürlüğünü düzenleyen uluslararası standartların da dikkate alınarak gerçekleştirilmesini önermektedir.¹⁹

İnternetin hem teknolojik hem de kültürel bir araç olarak gücü, etkisi ve yaygınlığı, milyonlarca yurttaşın siyasete ve kamusal tartışma alanlarına katılmalarını sağlama potansiyelini ifade eder. İnternet akışlarının yarattığı / yaratacağı bilgi ve enformasyon sayesinde yurttaşların eleştirel tartışmaları ve katılımı sonucunda *siyasal iktidar, her durumda kendisini meşrulaştırmaya zorlar*. Demokrasi, yalnızca sandığa oy atmakla gerçekleşmez; bilgi ve katılım gerektirir. Yurttaşlar, gerekli bilgi ve enformasyonu kitle iletişim araçları aracılığıyla elde ederek kamusal müzakere süreçlerine katılır. İnternetin hızı, yaygınlığı, merkezi otoritenin kontrol ve denetiminden kaçan akışkanlığı, ve fikirleri “kamusal kılma” yetisi, yurttaşları kamusal müzakere süreçlerine “özne” olarak katabilme potansiyeline işaret eder. Bu nedenle “bilgi ve enformasyon alma ve vermeyi” temel bir hak ve özgürlük alanı olarak düşünmek gerekir.

5651 sayılı İnternet Kanunu değişikliklerini uluslararası normlarla karşılaştırmalı(mukayeseli) olarak değerlendirdiğimiz bu çalışmadan çıkan sonuç, söz konusu kanun değişikliklerinin “güvenlik eksenli” bir çerçeve içinde gerçekleştiği; yani “güvenliğin” hak ve özgürlüklerin

¹⁹ Decision No . 276/1999/EC of the European Parliament and of the Council of 25 January 1999 adopting a multinational community action plan on promoting safer use of the Internet by combatting illegal and harmful content on globalnetworks,OJ 1999 L33/1, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999D0276:EN:HTML>, erişim:13.10.2011

(iletişim özgürlüğünün) önünde geldiğidir. İfade ve iletişim özgürlüğü vb. demokratik normlar, “devletin güvenliği” anlayışı çerçevesinde tanımlanmakta; özgürlüklerin sınırlandırılmasında keyfiyete açık normlar oluşturulmaktadır. 2007 ‘den beri yürürlükte olan 5651 sayılı Kanun’a göre verilen erişimin engellenmesi kararları, uluslararası hukuk düzeninde yerleşmiş *demokratik toplum, meşruiyet ilkesi, ölçülülük ilkesi ve ceza sorumluluğun şahsiliği ilkesini* ihlal etmeye devam etmektedir. Twitter ve Youtube kararlarında olduğu gibi erişim engelleme kararlarının yüksek bir oranı hukuki gerekçelere ve yargıç kararına dayanmadan verilmekte ve kararlara itiraz prosedürü mümkün olmamaktadır. Kanunda katalog suçları dışındaki suç içeriklerini barındırdıkları gerekçesiyle idari ya da adli otoriteler tarafından hukuka aykırı olarak erişim engelleme kararları da alınabilmektedir. İnternetle ilgili davalarda da “zorunlu tedbir” olarak düzenlenen erişim engelleme hususu tedbirden çok cezalandırmaya dönük olarak uygulanmaktadır. Bu uygulamalar, Anayasaya, hukuk devleti ilkesine ve Türkiye'nin uymakla yükümlü olduğu AİHS'ye, Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesine, BM İnsan Hakları Bildirgesi vb. uluslararası sözleşmelere ve zorunlu yargı yetkisi olarak kabul ettiği AİHM içtihatlarına açık aykırılık oluşturmaktadır. Nitekim çalışmanın giriş bölümünde de ifade edildiği gibi Ahmet Yıldırım/Türkiye davasında AİHM, 5651 sayılı Kanununun 8. maddesinin AİHS'nin 10. Maddesine aykırı olduğu ve demokratik bir toplumda hukuk devletinin sağladığı korumayı içermediği kararını vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin 02.04. 2014 tarih ve 2014/3986 sayılı “Twitter kararı” ve 2014/4705 sayılı 29.5.2014 tarihli “Youtube kararı” ile AİHM'in mahkûmiyet kararından sonra Türk kamu otoritesinin yükümlülüğü, 5651

sayılı Kanunun AİHS'ye aykırı ve hukuka aykırı maddelerini yürürlükten kaldırmaktır.

5651 sayılı Kanun Değişiklikleri ile AİHS'ye aykırı maddelerin kapsamı daha da genişletilmiştir. Yeni düzenlemede TİB'in yetkileri olağanüstü arttırılırken, mahkeme kararına dayanmadan re'sen vereceği erişimin engellenmesi kararlarının kapsamı genişletilmiştir.

5651 sayılı Kanun Değişiklikleri korumak istediği hukuki menfaate hizmet etmemektedir. Kanunda değişiklikler içeren 6518 sayılı kanunun ilgili maddelerinin gerekçesi "kişisel hakların ve özel hayatın gizliliğinin korunması" olarak açıklanmıştır. Kanun değişikliği ile idari otoritelere (TİB, BTK) internet kullanıcıların ifade ve iletişim özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılmasına yönelik aşırı yetkiler tanınmıştır. Bu nedenle Kanun değişikliğinin korumak istediği hukuki menfaatin tam tersi bir sonucun ortaya çıkması kaçınılmaz görünmektedir. Yeni düzenleme TİB'e internet kullanıcılarının özel hayatlarının gizliliğinin ve kişilik haklarının ihlaline yönelik müdahalelerde bulunmasını sağlayacak "aşırı yetkiler" tanınmıştır. Kanun değişikliği hükümlerine (m.4, m.5) göre erişim ve yer sağlayıcılar, TİB'in talep ettiği internet kullanıcılarına ait tüm trafik bilgilerini ve kişisel verileri vermekle yükümlü tutulmaktadır. Madde hükümlerinde yükümlülüğün, "somut suç şüphesi" ne ya da mahkeme kararlarına dayanması gerektiğine ilişkin hükümlerin net biçimde ifade edilmemesi eksiklidir. Bu idari tasarruf, internet kullanıcılarının bilgisi dışında gerçekleşeceğinden özel yaşamın gizliliğinin ihlalden başka bir şey değildir. Kanunla TİB'e tanınan aşırı yetkiler nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilen internet kullanıcılarına 5651 sayılı Kanun, etkili bir hukuk

yolu tanımamıştır. Bu durum, Anayasa'nın 40. maddesinin²⁰ ve AİHM'in etkili iç hukuk yoluna ilişkin düzenlenen 13. maddesinin²¹ ihlalidir.

AİHM kararlarında kişisel verilerin korunmasını temel insan hakları kategorisinde değerlendirilmekte; verilerin toplanmasını ya da saklanması ya da üçüncü kişilere verilmesini AİHS m.8'ye aykırı bularak, bu eylemi insan hakkı ihlali olarak değerlendirmektedir. AİHM, Leander/İsveç(26/03/1987) ; Kopp/İsveç(25/03/1998); Amann/İsveç(16/02/2000) ve Peck/Birleşik Krallık(28/01/2003) kararlarında Kişinin özel yaşamına ilişkin bilgilerin yalnızca saklanması ya da depolanmasının dahi (aynı kararlarda Mahkeme, kamu otoritesi tarafından saklanan kişisel bilgilerin kullanılıp kullanılmamasının önemi olmadığını belirtmiştir) Sözleşme'nin 8. Maddesine aykırılık oluşturduğuna hükmetmiştir.²² AİHM yakın zamanda verdiği 21.06.2011 tarihli Shimovolos/Rusya davası kararında politik bir muhalifin bakanlık talimatı ile gizli bir güvenlik veritabanına kaydedilmesini ve hareketlerinin güvenlik birimleri tarafından takip edilmesini Sözleşmenin **Özgürlük ve güvenlik hakkını** düzenleyen 5. maddesine ve **Özel ve**

²⁰ Anayasa'nın **Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunmasına** ilişkin 40. maddesinin ilk iki fıkrası şöyle düzenlenmiştir: “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*”

²¹ AİHS'nin Etkili başvuru hakkı'nı düzenleyen 13. Maddesi şu biçimde düzenlenmiştir: “*Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.*”

²² Protection of personal data,
http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf,
erişim:12.03.2014

aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine aykırı bulmuştur.²³ AİHM kişisel verilerin korunması ile ilgili benzer davalarda ancak “kuvvetli suç şüphesi” durumlarında ve hâkim ya da mahkeme kararıyla şüphelinin kişisel verilerin toplanabileceğini ancak bu verilerin saklanamayacağına hükmetmiştir. Hal böyle iken TİB’in internet kullanıcıların kişisel verilerine *kanuna uygun ama hukuka aykırı* olarak ulaşabilme yetkisine sahip olması, *Dijital Gözetim ve Süperpanoptikon* (panoptikon olgusunun siber uzama taşınması) konusundaki kaygıları arttırmaktadır.²⁴ Türkiye, Avrupa Konseyi 108 sayılı “*Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*” yi diğer Konsey üyeleriyle birlikte 1981 yılında imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. 2010 yılında gerçekleşen Anayasa değişiklikleriyle kişisel verilerin korunması hakkı Anayasanın 20. maddesi²⁵ hükmüne dahil edilmiştir. Maddenin son

²³ Chamber judgment Shimovolos v. Russia 21.06.11,

²⁴ Foucault’a göre modern toplumda gözetim olgusu, insanlarda “her an gözetleniyorum” hissi yaratır ve sonrasında bu his doğallaşarak boyun eğmeyi kolaylaştırır. İktidarın doğallaşmaya başlayan bu süreci düşünür, “biyo-iktidar” olarak adlandırır(Foucault, 2001:109). Böylece disiplin ve denetim mekanizmalarıyla “normal insanlar”ın oluşturulması temel amaç olarak ortaya çıkar. Bu mekanizmaların demokratik değerlerin ve temel hak ve özgürlüklerin zeminini aşındıracağı açıktır.

²⁵ Anayasa m.20 son fıkrası şu biçimde düzenlenmiştir: “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*”

fikrasında “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*” ibaresinin yer almasına karşın 2008 tarihinde tasarı olarak gündeme gelen “*Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı*” kanunlaşmamıştır. Kişisel verilerin korunması ile ilgili Türk mevzuatında açıkça bir boşluğun olduğu ortadadır. Kanunun yapılmamış olması, internet ortamındaki veri güvenliğinin sağlanabilmesi çabalarına engel oluşturmaktadır. İdarenin kanuniliği ilkesi, keyfiyetin engellenebilmesi ve yurttaşların temel hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi için hukuk devletinin genel şartları arasında sayılır.

Hal böyleyken, 5651 sayılı Kanun değişikliklerinin idarenin kanuniliği ilkesini aşındırarak keyfiliğini aşırı ölçüde arttırmasının endişe verici nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Kanun değişikliği ile TİB (6527 sayılı Kanun’la yapılan düzeltmelere rağmen), *neredeyse* yasama-yürütme-yargı yetkilerini kendisinde toplayan “monist” bir kurum haline dönüştürülmektedir. Yurttaşların kişisel verilerini talep edebilmesi ve internet içeriğine dönük erişim engeli kararı alabilmesiyle bir yargı organına; yönetmelikler vb. düzenleyici kurallar çıkararak “internet mimarisini dizayn edebilmesiyle” bir yasama organına; kişilerin herhangi bir ihbarı, şikayeti, talebi olmadan değişikliklere yer alan “*erişimin engellenmesi, **benzeri yöntemler kullanarak da yapılabilir***” vb. muğlak ifadeleri kendince yorumlayarak zorunlu tedbirler almasıyla keyfî bir yürütme organına dönüşmektedir.

Sonuç olarak TİB’in Twitter ve Youtube erişim engelleme kararlarının kanuni dayanağı olan 5651 sayılı Kanun değişiklikleri, ulusal mevzuata (Anayasanın ilgili maddelerine ve diğer temel kanunlara), uluslararası normlara(AİHS ve AİHM içtihatları) ve diğer uluslararası

düzenlemelere²⁶ aykırılık oluşturmakta; hukuk devletini ilkesini, yurttaşların ifade ve iletişim özgürlüğünü, kişilik haklarını, özel hayatın gizliliği hakkını, güvenlik hakkını, kişisel verilerin gizliliğini, dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü, aile hayatına saygı hakkını ihlal etmektedir.

Yurttaşların hak ve hürriyetlerinin, kişilik haklarının, özel hayatın gizliliği hakkının ya da iletişim ve ifade özgürlüğünün korunması; kamu otoritesinin, idari kurum ve kuruluşların yetki ve hâkimiyetinin arttırılmasıyla sağlanamayacağı açıktır. Devletin ya da kamu otoritesinin suç taşıyan içerikleri engellerken her zaman göz önünde bulundurması gereken nokta: **İnternet iletişiminin korunması ilkesidir**. Bu nedenle -5651 sayılı Kanun ve ilgili değişikliklerin ortaya çıkarmış olduğu/çıkaracağı sonuçların tam tersine- suç içeriklerine yönelik “meşru” müdahaleler, kişilik hakları ile kamu yararı arasındaki dengeyi gözetmek ve yurttaşların internet iletişimi hakkını geliştirmek için olmalıdır.

²⁶ Türkiye'nin internet yayıncılığı ya da ortamı ile ilgili hukuki düzenlemeler yaparken özellikle dikkate alması gereken belli başlı uluslararası düzenlemeler şunlar olmalıdır: **Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi; Bilgisayar Sistemleri Aracılığıyla İşlenen Irkçı Ve Yabancı Düşmanlığı Nitelikteki Eylemlerin Cezalandırılması Hakkındaki Birinci Ek Protokol ; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnternette İletişim Özgürlüğü Deklarasyonu; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Bilgi Toplumunda İnsan Haklarını Ve Hukukun Üstünlüğü Bildirisi; Avrupa Bakanlar Konferansı Kitle İletişim Politikası Siyasi Bildirileri ile AB Komisyonunun “Enformasyon Toplumu Politikalarının” parçası olarak değişik tarihlerle yayınladığı Belge, Bildirim, Yönerge ve Eylem Planları.** Türkiye, bu düzenlemelerden bazılarını henüz imzalamamıştır.

Kaynakça

Kitap ve Makale

Castells Manuel, Enformasyon Çağı: Ekonomi, Toplum, ve Kültür – Ağ Toplumunun Yükselişi, Birinci Cilt, Çev. Ebru Kılıç, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005

Foucault Michel, Ders Özetleri (1970-1982), çev. Selahattin Hilav, İstanbul:Yapı ve Kredi Yayınları, 2001

Elektronik Kaynak

European Parliament and the Council, Decision No . 276/1999/EC of the European Parliament and of the Council of 25 January 1999 adopting a multinational community action plan on promoting safer use of the Internet by combatting illegal and harmful content on global networks, OJ 1999 L33/1, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999D0276:EN:HTML>, erişim:13.10.2011

Kanun Yapım Tekniği ve Torba Kanun Uygulaması Çalıştayı Tutanak Özeti, 03.10.2013
<http://www.yasaizleme.org.tr/index.php/component/content/article/9-uncategorised/251-33-calistay-tutanaklari-ozeti>, erişim: 16.03.2014

Kaplan Hasip, TBMM 53. Birleşim, 3.Oturum, 28.01.2014, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22073&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=41, erişim: 22.03.2014

Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, TBMM 24. Yasama Dönemi, 4. Yasama Yılı, Sıra Sayısı:524
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss524.pdf>, erişim: 21.03.2014

Protection of personal data,
http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf,
erişim:12.03.2014

TBMM 24.Dönem 4.Yasama Yılı 53., 54., 55., 56. ,57. 58.
Birleşimler, 28.01.2014 -06.02.2014,
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=6518 , erişim:20.03.2014

T.C.Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Formu, Kerem
Altıparmak & Yaman Akdeniz, 24.03.2014,
<https://www.yumpu.com/tr/document/view/24357184/anayasa-twitter-basvurusu>, erişim: 12.06.2014

Türmen Rıza, TBMM 57.Birleşim, 4. Oturum, 05.02.2014,
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22079&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=104,
erişim:22.03.2014

Uslu Zeynep Karahan, TBMM 55. Birleşim, 8. Oturum,
30.01.2014,
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22076&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=102,
erişim: 22.03.2014

Ünüvar Necdet, TBMM 53. Birleşim, 2.Oturum, 28.01.2014,
http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22073&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=41,
erişim: 22.03.2014

Kanun ve Yönetmelik

TC Anayasası, Kanun No.: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982

4756 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları
Hakkında Kanun, Basın Kanunu, Gelir Vergisi Kanunu İle
Kurumlar Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair
Kanun

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların
Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla
Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat
ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı
Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişikli
Yapılmasına Dair Kanun

6527 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında
Kanun

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

6100 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

5253 sayılı Dernekler Kanunu

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat
Teşkilatı Kanunu

Uluslararası Sözleşme, Bildiri ve Yönerge

Birleşmiş Milletler Medeni ve Sosyal Haklar Sözleşmesi
Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirgesi
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi
Bilgisayar Sistemleri Aracılığıyla İşlenen İrkçı ve Yabancı
Düşmanlığı Nitelikteki Eylemlerin Cezalandırılması
Hakkındaki Birinci Ek Protokol
Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnternette İletişim
Özgürlüğü Deklarasyonu

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Bilgi Toplumunda İnsan Haklarını ve Hukukun Üstünlüğü Bildirisi
Avrupa Konseyi Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme

Mahkeme Karar ve İçtihatları

AİHM 07.12.1976 tarihli Handyside/ İngiltere kararı (5493/72)
AİHM 18.12.2012 tarihli Ahmet Yıldırım/Türkiye kararı (3111/10)
AİHM ,26/03/1987 tarihli Leander/ İsveç kararı (9248/81)
AİHM ,25/03/1998 tarihli Kopp/ İsviçre kararı (23224/94)
AİHM, 16/02/2000 tarihli Amann/ İsviçre kararı (27798/95)
AİHM, 28/01/2003 tarihli Peck/Birleşik Krallık kararı (44647/98)
AİHM, 21.06.2011 tarihli Shimovolos/Rusya kararı (30194/09)
Ankara 15. İdare Mahkemesi, 26.3.2014 tarihli ve .2014/511 esas sayılı kararı
Danıştay 14. Dairesi, 03.10.2012 tarihli 2011/16621 Esas No'lu kararı
Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi, 27.03.2014 tarihli ve 2014/358 Değişik İş sayılı kararı
Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi, 04.04.2014 tarihli ve 2014/381 Değişik iş sayılı kararı
Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi, 04.04.2014 tarihli ve 2014/81 Değişik İş sayılı kararı
İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 03.02.2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararı,
İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 18.03.2014 tarih ve 2014/181 sayılı kararı
İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 7.03.2014 tarih ve 2011/762 kararı

Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 04.03.2014 tarih ve
2014/223 sayılı kararı

T.C. Anayasa Mahkemesi Kararı, Karar Tarihi: 29/5/2014,
Başvuru No: 2014/4705,

T.C. Anayasa Mahkemesi Kararı, Karar Tarihi: 02.04. 2014
Başvuru No: 2014/3986 sayılı