

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2014/87

Karar Sayısı : 2015/112

Karar Tarihi : 8.12.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Muharrem İNCE ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 8. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin "*...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,...*" bölümünün,

B- 47. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin;

1- İkinci fıkrasında yer alan "*...gibi hususlarda...*" ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine...*" ve "*...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin...*" ibarelerinin,

C- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkrada yer alan "*...yaklaşık maliyetin ...*" ve "*...az ve %15'inden...*" ibarelerinin,

D- 80. maddesiyle 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkranın,

E- 85. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) ve (r) bentlerinin ve (o) bendinde yer alan "*...ve benzeri yöntemler kullanılarak...*" ibaresinin,

F- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın,

G- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın,

H- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (3), (4), (5) ve (6) numaralı fıkraların,

I- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (ç) ve (d) bentlerinin,

İ- 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin,

J- 91. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

1- Değiştirilen (2) ve (3) numaralı fıkralarının,

2- Eklenen (4) numaralı fıkrasının,

K- 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (5), (8) ve (9) numaralı fıkralarının,

L- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı fıkralarının,

M- 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresinin,

N- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 7., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 33., 36., 38., 40., 48., 51., 70., 123., 138., 140. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların yer aldığı 6518 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesiyle 213 sayılı Kanun'un mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (6) numaralı bendi şöyledir:

"Mükerrer Madde 257- (Değişik birinci fıkra: 22/7/1998 - 4369/5 md.)
Maliye Bakanlığı;

(...)

6. (Ek: 3/7/2005 - 5398/23 md.; Değişik: 6/2/2014 - 6518/8 md.) Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin basımı, dağıtımı ile sistemin kurulması ve işletilmesi hizmetlerinin, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı

Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa tabi olmaksızın, süresi 5 yılı geçmemek üzere ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (5 inci maddesinin beşinci fıkrası hariç) hükümleri çerçevesinde; yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişiler tarafından yerine getirilmesine, bu hizmetlerde ve yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişilerde bulunması gereken özellikleri, yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişilerin faaliyetlerinin yönlendirilmesi, izlenmesi, denetlenmesi, yetkilendirmenin sonlandırılması ve bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye,

(...)

Yetkilidir.”

2- 47. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un değiştirilen 38. maddesi şöyledir:

“Aşırı düşük teklifler

***Madde 38- İhale komisyonu verilen teklifleri (...)** değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.*

İhale komisyonu;

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

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

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

***gibi hususlarda** yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.*

*(Ek fıkra: 20/11/2008-5812/12 md.; Değişik üçüncü fıkra: 6/2/2014-6518/47 md.) Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin bu maddede öngörülen **açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine**, ayrıca yaklaşık maliyeti 8 inci maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan tekliflerin bu maddede öngörülen **açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. İhale komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır.”***

3- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un 43. maddesine eklenen üçüncü fıkra şöyledir:

*“Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden **yaklaşık maliyetin % 6’sından az ve % 15’inden fazla** olmamak üzere*

alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapılabilir.”

4- 80. maddesiyle 5502 sayılı Kanun'un 30. maddesine eklenen fıkra şöyledir:

“Başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrosuna atanabilir.”

5- 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen (n), (o) ve (r) bentleri şöyledir:

“MADDE 2- (1) Bu Kanunun uygulamasında;

(...)

n) Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini,

o) Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini,

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

(...)

ifade eder.”

6- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkra şöyledir:

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

7- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkra şöyledir:

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

8- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (3), (4), (5) ve (6) numaralı fıkralar şöyledir:

“(3) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar

saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.

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

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

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

9- 89. maddesiyle (1) numaralı fıkrasına (ç) ve (d) bentleri eklenen 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesi şöyledir:

“Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 6- (1) Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde (...) erişimi engellemekle,

b) Sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla,

c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmek ve trafik bilgilerine ilişkin kayıtları yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak Kuruma teslim etmekle,

ç) Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla,

d) Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla,

yükümlüdür.

(2) Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

(3) Birinci fıkranın (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından onbin Yeni Türk Lirasından ellibin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.”

10- 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesi şöyledir:

“Erişim Sağlayıcıları Birliği

MADDE 6/A- (1) Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11- 91. maddesiyle (2) ve (3) numaralı fıkraları değiştirilen ve (4) numaralı fıkra eklenen 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesi şöyledir:

“Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri

MADDE 7- (1) Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülki amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülki amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülki amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usuller, yönetmelikle düzenlenir.

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

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

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

12- 93. maddesiyle değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi şöyledir:

“İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi

MADDE 9-

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birlige gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. (8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

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

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

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

13- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesi şöyledir:

“Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

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

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

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

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

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

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

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

(8) *Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. (Mülga cümle: 26/2/2014-6527/18 md.)*

(9) (Ek: 26/2/2014-6527/18 md.) *Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.”*

14- 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkra şöyledir:

“(5) 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar kurumlarının, **hâkim ve savcılar ise kendilerinin** muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebilir. Bu kapsamda görevlendirilen personel sayısı Kurumun kadro sayısının yüzde yirmisini geçemez. Bu personel kurumlarından izinli sayılır. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam eder ve bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır. Terfileri başkaca bir işleme gerek kalmaksızın süresinde yapılır.”

15- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. madde şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 3 -

(1) *Birliğin kuruluşu bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanır.*

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

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

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

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin

YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 14.5.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ile ekleri, Başraportör Ayşegül ATALAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanı Binali YILDIRIM, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) Başkanı Dr. Ömer Fatih SAYAN, Telekomünikasyon İletişim Başkanı Ahmet Cemalettin ÇELİK, Daire Başkanı Ahmet KILIÇ, Daire Başkanı Ali ERDEM, Bilişim Danışmanı Sinan ÜLKER, Erişim Sağlayıcıları Birliği Genel Sekreteri Doç. Dr. Bülent KENT, Erişim Sağlayıcıları Birliği Hukuktan Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı Av. Yedigâr Seda UYSAL, Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği Başkanı Yusuf Ata ARIAK, Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği Hukuk Danışmanı Av. Gökhan CANDOĞAN'ın 8.12.2015 tarihli sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 8. Maddesiyle Değiştirilen, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. Maddesinin Birinci Fıkrasının (6) Numaralı Bendingin "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, ..." Bölümünün İncelenmesi

1- *"...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye,..."* Bölümü

a- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural uyarınca mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya faaliyetlerini sürdürebilmeleri için alınması zorunlu olan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinin vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge koşuluna bağlanmasının, vergi ödeme gücüne ulaşma amacı için elverişli ve gerekli olmadığı, mükelleflerin bu şekilde ticari faaliyette bulunmalarının engellenmesinin adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi orantılılık ilkesi ile de bağdaşmadığı, vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatı için mükelleflerin ticari faaliyette bulunmalarını engelleyecek düzenlemeler yoluyla piyasadan çekilmeye zorlanmalarının Devlete verilen görevlerle uyuşmadığı, bu durumun vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatının hiç sağlanamaması riskini de taşıdığı, iptali istenilen bölümün adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerine

uymadığı, çalışma ve sözleşme hürriyetini demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacak şekilde ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Kuralın birinci fıkrasının iptali istenilen bölümün de bulunduğu (6) numaralı bendinde, Maliye Bakanlığının, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanılmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

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

6. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" denilmiştir.

7. Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Anayasanın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması da mümkün bulunmaktadır.

8. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

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

10. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere

özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

11. 213 sayılı Kanun'un mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde, Maliye Bakanlığına, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırma, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirme, iptali istenilen kuralda ise mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borçlarının bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi verilmektedir. Maliye Bakanlığına söz konusu yetkilerin verilmesi, mükelleflerin mali güçlerinin saptanmasını ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını ve kamu borçlarının ödenmesini sağlamak için kamu yararı amacına yönelik olup, kanun koyucu bu konuda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisini haizdir.

12. İptali istenilen kural ile Maliye Bakanlığına verilen yetki, çalışma özgürlüğünün güvence alanının kanun koyucu tarafından daraltılması niteliğinde olduğundan Anayasa'nın 13. maddesi anlamında bir sınırlandırma niteliğindedir. Bu sınırlama ticaret yapmak isteyen kişilerin vergi borcu dahil kamuya olan borçlarını ödemeye zorlayıcı nitelik taşıdığından anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır. Ancak iptali istenilen kural ile getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

13. Söz konusu sınırlamanın, amacı itibarıyla Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca ödev olarak belirlenen vergi borcu ile diğer kamu borçlarının düzenli ve sürekli bir biçimde tahsilini, kamu alacağının güvence altına alınmasını ve tahsilatın hızlandırılmasını sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir. Anayasa ve kanunlarla, kamu giderlerinin karşılanabilmesi için bir ödev olarak öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün, zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda, kanunlarla idareye yüklenen kamu hizmetlerinin, buna bağlı olarak kamu düzeninin ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumanın aksatılmadan sürdürülmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında olan, keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan iptali istenen kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür.

14. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

15. Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

2- “...bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına...” Bölümü

a- İptal Talebinin Gerekçesi

16. Dava dilekçesinde özetle, Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan çalışma hürriyeti kapsamında, mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya faaliyetlerini sürdürebilmeleri için Maliye Bakanlığına verilen, vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi bağlamında, bu zorunluluk kapsamına girecek vadesi geçmiş vergi borcunun ötesinde amme alacaklarının tür ve tutarlarının ve vadesi geçmiş vergi borcu belgesinin aranılmayacağı hallerin kanunla belirlenmesi yerine, tüm bu hususlarda düzenleme yapma ile usul ve esasları belirleme yetkisinin Maliye Bakanlığına bırakılmasının, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu ve idarenin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek iptali istenilen bölümün, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

17. İptali istenilen hükmün de yer aldığı kuralda, Maliye Bakanlığının, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ilişkin belirlenmesinde yetkili olduğu belirtilmiştir.

18. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre, kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, kanunda temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, “*yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*” hükmünün anlamı da budur.

19. Kanun koyucu, vergi hukuku alanında yetkisini kullanırken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve vergi ile ilgili kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, kamu gelirlerinin doğru, etkin ve verimli biçimde nasıl ve hangi yöntemlerle sağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

20. İptali istenilen kuralda, ek bir vergi veya vergi benzeri mali yükümlülük getirilmediği gibi, Maliye Bakanlığına vergi ve mali yük konulması konusunda bir yetki de verilmemiştir. Kuralın, vergi yükümlülüğü ile ilgisi bulunmamaktadır. İptali istenilen kural ile Maliye Bakanlığına verilen yetki, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borçlarının bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirilmesi ile ilgili olarak, bu kapsama girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ilişkindir.

21. İptali istenilen kuralda, kanun koyucu tarafından Maliye Bakanlığına bırakılan düzenleme alanı, vergilendirme ile ilgili temel kurallar olmayıp, kanunda belirlenen mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğunun uygulanmasına ilişkin teknik düzenlemeler ve ayrıntıları içermektedir. Bu bağlamda, kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu hakkında Maliye Bakanlığına yetki verilmesi yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

22. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

23. Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

24. Kuralın Anayasa'nın 123. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 47. Maddesiyle Değiştirilen, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. Maddesinin İkinci Fıkrasında Yer Alan "...gibi hususlarda..." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

25. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen ibareyle ihale komisyonlarına, komisyonların aşırı düşük teklif değerlendirmesi sırasında, her ihaleye ve istekliye göre değişebilen, bu yönüyle de istekliler tarafından önceden bilinmeyen ve bilinmesi de mümkün olmayan ve dolayısıyla hukuki belirlilik ile ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmayan kriterler belirleme, belirlediği kriterler temelinde aşırı düşük teklif değerlendirmesi yapma ve belgelendirilmemiş cevaplara dayandırma yetkisi verilerek ihale komisyonlarının keyfi uygulamalarının önünün açıldığı, bu hukuksal belirsizlik içinde her ihaleye ve her istekliye göre değişebilen öngörülemez kriterler ile isteklilerin hukuksal güvenliklerinin ortadan kaldırıldığı, Devletin kamu ihaleleri bağlamında kendisine verilen görevleri yerine getirmesinin kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini hayata geçirecek kurallar koymasından geçtiği, iptali istenilen ibarenin bu ilkelerle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

26. Kanun'un 38. maddesinin birinci fıkrasında, ihale komisyonunun verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit edeceği, bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak isteyeceği belirtilmektedir. Maddenin, iptali istenilen ibarenin de bulunduğu ikinci fıkrasında ise ihale komisyonunun, aşırı düşük teklifleri, imalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması, seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar, teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak değerlendireceği, bu değerlendirme sonucunda açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin tekliflerinin reddedileceği öngörülmekte olup fıkrada yer alan "...gibi hususlarda..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

27. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi düzenlenmiştir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

28. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

29. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, yasama organı, kanun yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılı hükümler koyabilir ya da Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini zorunlu kıldığı hususlar dışında bir konuyu isterse soyut bir şekilde düzenleyerek genel ilkeleri ve çerçeveyi belirleyip ayrıntıları alt düzenleyici işlemlere bırakabilir. Bu husus kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir.

30. Kanun'un 38. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında öngörülen düzenlemeler, ihale komisyonunun yetkilerine ilişkin hususlardır. İptali istenilen "...gibi hususlarda..." ibaresi ile ihale komisyonunun aşırı düşük teklifleri değerlendirirken bentlerde belirtilen sebepler dışında diğer nedenleri de tekliflerin aşırı düşük olması nedeni olarak açıklama kapsamında kabul edebilmesi imkânı getirilmiştir.

31. Aşırı düşük teklif tespit ve sorgulama süreci tüm çağdaş ihale sistemlerinde var olan, fiyat rekabeti ile kaynakların verimli kullanılması ve kamu tarafından yapılan ödemenin karşılığının alınması ilkelerini dengeleyen vazgeçilmez bir aşamayı ifade etmektedir.

32. Kanun'un 38. maddesinin birinci fıkrasında, ihale komisyonunun verilen teklifleri değerlendirdikten sonra aşırı düşük teklifleri diğer tekliflere veya yaklaşık maliyete göre tespit edeceği belirtilmiştir. Kamu kaynaklarının en iyi şekilde kullanılması anlayışı içerisinde tüm ihale kanunlarında en düşük fiyatın değil, işin yapılabilirlik değerine karşılık gelen fiyatın kabul edilmesi ilkesi benimsenmiştir. 4734 sayılı Kanunda bu ilke "*ekonomik açıdan en avantajlı teklif*" olarak adlandırılmıştır. Konuya ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinde, "*37 ve 38. maddelere göre yapılan değerlendirme sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılır.*" hükmü yer almaktadır.

33. Ekonomik açıdan en avantajlı teklife ise Kanun'un 38. maddesinde hüküm altına alınan aşırı düşük tekliflerin tespit edilmesi ve sorgulanması işlemlerinden sonra ulaşılmakta, bir başka ifadeyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif, verilen en düşük fiyat teklifini değil, aşırı düşük tekliflerden arındırılmış teklifler içerisindeki en düşük fiyat teklifini ifade etmektedir. Bu nedenle, aşırı düşük tekliflerin değerlendirilerek ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi gerekmektedir. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda da, ihale komisyonunun aşırı düşük teklifleri değerlendirirken bu teklifler nedeniyle sözleşmenin yürümesini sıkıntıya düşürmemek, verilen aşırı düşük tekliflerle işin yapılabilirliğini belirleyebilmek için dikkate alacağı hususlar belirtilmiştir. Ancak bu

hususlar tahdidi olarak sayılmayıp, “...gibi hususlarda...” denilmek suretiyle işin özelliğinden kaynaklanan ve teklifte önemli olduğu tespit edilen, fakat kuralda belirtilmeyen hususlarda açıklama yapılmasının sağlanması amaçlanmıştır. Her şeyden önce sayma yönteminin tercih edilmesi durumunda, daima bazı hususların eksik kalma olasılığı söz konusu olacaktır. Özellikle yapılan işin özelliğine göre değişik bileşenlerin söz konusu olduğu ihale hukukunda bu hususları kanunda saymanın mümkün olmadığı açıktır.

34. Öte yandan, belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla kanunlara dayanılarak çıkarılan yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

35. İptali istenilen ibare, ihalelerde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini ortadan kaldırmayan, kuralda belirtilenlerin dışında yer alan aşırı düşük teklifleri değerlendirme kriterlerini ifade etmektedir. Bu çerçevede, İhale Komisyonunun aşırı düşük teklifleri incelerken hangi hususları değerlendirebileceği Kanun’da sayılmakla birlikte, sayılmayan hususlar açısından da, Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde idareler tarafından gözetilmesi gereken ihalelerde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkeleri ve Kamu İhale Kurumu’nun bu konudaki düzenleyici işlemlerini göz önüne alacağı şüphesizdir. Bu nedenle, aynı konudaki farklı ihalelerde ihale komisyonlarının farklı değerlendirmelerde bulunma durumu da ortadan kalkmış olacaktır. Bu hususlar gözetildiğinde, iptali istenilen ibarenin belirsiz olduğundan söz edilemez.

36. Kaldı ki, idarelerce bu işlemlerin hem 4734 sayılı Kanun’a hem de Kurum tarafından yayımlanan yönetmelik, tebliğ, tip şartname, tip sözleşme ve düzenleyici kararlara uygun olarak yapılmaması halinde, Kanun’un 54., 55. ve 56. maddelerine göre ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri belirtilmektedir. Şikayetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar da Kanun’un 57. maddesi uyarınca yargı denetimine tâbi bulunmaktadır.

37. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen ibare, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

38. Kuralın Anayasa’nın 48. ve 167. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun’un 47. Maddesiyle Değiştirilen, 4734 Sayılı Kanun’un 38. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan “...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine...” ve “...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin...” İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

39. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen ibareler ile Kamu İhale Kurumuna aşırı düşük teklifler ile ilgili olarak, isteklilerden yazılı açıklama istenilmeksizin ve dolayısıyla isteklilerin teknolojik farktan kaynaklanan maliyet avantajlarını belgeleryle

ortaya koymalarına imkân verilmeksizin sonuçlandırılabilmesine ve hatta reddedilmesine ilişkin düzenleme yapma yetkisinin verildiği, böylece teknolojik farktan kaynaklanabilecek maliyet farklılıklarının dışlanarak 4734 sayılı Kanun'un, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkesi yanında, Devlete verilen anayasal görevlerle de bağdaşmayan ihale uygulamalarına yol açıldığı, iptali istenilen düzenlemenin maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmalara karşı negatif ayrımcılık yapılmasına sebep olduğu, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleri ile bağdaşmadığı, kamu alımları yoluyla piyasaya müdahale eden veya en azından piyasayı yönlendiren Devletin, maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmaları teşvik etmesi gerekirken, teknolojik farktan kaynaklanan aşırı düşük tekliflerin ihale dışında bırakılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmasının önünün açılmasının, Devlete verilen görevlerle uyummadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

40. Kanun'un 38. maddesinin iptali istenilen ibarelerin de bulunduğu üçüncü fıkrasında, Kamu İhale Kurumunun, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin Kanun'un 38. maddesinde öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan tekliflerin Kanun'un 38. maddesinde öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkili olduğu, ihale komisyonunun bu maddenin uygulanmasında Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan düzenlemeleri esas alacağı öngörülmektedir. Kuralda yer alan "...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine..." ve "...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

41. Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "*kamu yararı*" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

42. Kural ile Kamu İhale Kurumuna genel olarak, aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirleme, aşırı düşük tekliflerin açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan tekliflerin açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapma konusunda yetki verilmekte, ihale komisyonlarının da Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen düzenlemeleri esas alarak uygulama yapacağı belirtilmektedir.

43. 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinde, "*Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek.*" Kurum'un görev ve yetkileri arasında sayılmış, Kurum'un, Kurul kararıyla bu Kanun'un ve Kamu İhale

Sözleşmeleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu, Kurul ve Kurum'un yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı, standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulacağı belirtilmiştir. İptali istenilen ibarelerin bulunduğu kuralın da, bu kapsamda Kurum'a verilen görev ve yetkileri içerdiği anlaşılmaktadır.

44. Diğer taraftan Kamu İhale Kurumuna verilen yetki, kamu yararının sağlanmasının yanı sıra hizmet gerekleri ve yetkiyi veren Kanun'un amacının gerçekleştirilmesi ile sınırlıdır. Kurum takdir yetkisini kullanırken, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete de uygun davranmak zorundadır.

45. Belirtilen özel ve genel sınırlamalara uygun hareket edilip edilmediği, Kamu İhale Kurumuna verilen yetkinin keyfi kullanılıp kullanılmadığı ise yargı denetimine tabidir. Anayasa'nın 125. maddesinde, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilerek, idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuştur.

46. Bunun yanında madde gerekçesinden kuralın, nispeten küçük işlerin ihalelerinin daha hızlı bir şekilde sonuçlandırılması ve büyük işlere göre mali yönden daha güçsüz isteklilerin iştirak ettiği bu ihaleler sonucunda, aşırı düşük tekliflerden kaynaklanan tasfiye riskinin azaltılmasını sağlamak amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kamu yararı amacıyla çıkarılan iptali istenilen ibareler Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

47. Anayasa'nın 48. maddesinde, *"Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."* denilmektedir.

48. Anayasa'nın 167. maddesinde ise Devlete, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma görevi verilmiştir.

49. İhalelere teklif veren gerçek ve tüzel kişiler, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen özel teşebbüs kapsamındadır. Kamu İhale Kurumunun kuruluş amacı ve görevi, kamu ihalelerinin daha sağlıklı ve düzenli bir biçimde yapılmasını sağlamak için çalışmalar yapmaktır. Bunu sağlıklı bir biçimde gerçekleştirmek için 4734 sayılı Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken görev alanı ve Kanun'da belirtilen diğer hükümler ile bağlıdır. Kamu İhale Kurumu ihalenin açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ve sonuçlandırılabilmesine ilişkin düzenlemeleri belirlerken kuralları, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre belirleyecektir. Ayrıca, söz konusu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeleri, yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan teklifler için yapabilecektir. Bu hususların tek tek kanunda düzenlenmesi ise işin teknik özelliği gereği mümkün değildir.

50. Öte yandan, Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan düzenleyici işlemler kamu ihalesine katılacak tüm kişiler için geçerli ve ortak kuralları içermektedir. Devletin kamu ihalelerinin sağlıklı ve düzenli işlemesi için oluşturduğu Kamu İhale Kurumu'nun,

görev alanı ile ilgili konularda ilgili Kanun hükümlerini de gözetmek kaydı ile düzenleme yapmasında ise Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.

51. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen ibareler, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

D- Kanun'un 48. Maddesiyle, 4734 Sayılı Kanun'un 43. Maddesine Eklenen Fıkırdaki Yer Alan "...yaklaşık maliyetin ..." ve "...az ve %15'inden..." İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

52. Dava dilekçesinde özetle, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değer altında kalması halinde, kesin teminatın yüklenim altına girilen sözleşme/ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet üzerinden ve % 6 yerine, % 6 ile % 15 arasındaki bir oranda kesilmesinin öngörülmesi ve böylece düşük teklifte bulunanların ek faiz maliyeti üzerinden cezalandırılarak, yüksek teklifte bulunmanın teşvik edilmesinin kamu maliyesi açısından Hazine zararına, rekabetin engellenmesine ve teknolojik gelişmenin cezalandırılmasına yol açacağı, bu durumun ise adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleri ile bağdaşmadığı, iptali istenilen ibarelerin bulunduğu kuralın elverişli, ölçülü ve orantılı olmadığı, sınır değer üzerinde olan ihalelerde kesin teminat, ihale bedelinin % 6'sı oranında alınırken, sınır değer altında olan ihalelerde ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyetin ve bu maliyetin % 6'sı yerine, % 6 ile % 15'i arasındaki bir oran üzerinden alınmasının teknolojik üstünlüğü olan firmaların negatif ayrımcılığa tabi tutulmaları anlamına geldiği, aynı zamanda kamu alımları yoluyla piyasaya müdahale eden veya en azından piyasayı yönlendiren Devletin, maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmaları teşvik etmesi gerekirken teknolojik üstünlüğünden dolayı teklifi sınır değer altında kalan firmaları, kesin teminat üzerinden cezalandırmayı öngören düzenlemeler yaparak ülke ekonomisini teknolojik ilerlemeden koparacak yollara başvurmasının Anayasa'nın Devlete verdiği görevlerle bağdaşmadığı belirtilerek iptali istenilen ibarelerin, Anayasa'nın 2., 10., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

53. "*Kesin teminat*" hususunun düzenlendiği Kanun'un 43. maddesinin birinci fıkrasında, taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınacağı öngörülmüştür. Maddenin, iptali istenilen ibarelerin bulunduğu üçüncü fıkrasında ise Kurumun, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değer altında olması halinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Dava konusu ibareler, kuralda yer alan "*...yaklaşık maliyetin ...*" ve "*...az ve %15'inden...*" ibareleridir.

54. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş olup, kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*", başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvuru önlemin ulaşılmak

istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvuru olan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

55. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemi değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

56. Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacıyla gütmektedir. İptali istenilen ibarelerin bulunduğu kural uyarınca da, normal koşullar altında, ihale bedeli üzerinden % 6 oranında alınacak olan kesin teminat miktarı, ihalenin aşırı düşük teklif sunan istekli üzerinde kalması halinde Kurum'un, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sı ile % 15'i arasında bir oran üzerinden kesin teminat alınmasına ilişkin düzenlemeler yapabilmesine imkân tanımaktadır.

57. Sınır değer, ihale mevzuatında risk oluşturacak değer olarak tanımlanmaktadır. Sınır değerinin altında olan teklifler ihale komisyonunca aşırı düşük teklif olarak değerlendirilmektedir. Aşırı düşük tekliflerin kamuya görünmeyen maliyetleri bulunmakta ve idarenin bu maliyetleri yüklenmesi söz konusu olabilmektedir. Bunun yanında aşırı düşük teklifte projenin istenildiği gibi bitirilememesi riski de mevcuttur. Bir ihale, aşırı düşük teklif verene bırakıldığı ve söz konusu proje yapılamadığı takdirde idare bu ihale nedeniyle zarar görebilir. İhale bedeli olarak aşırı düşük teklif verildiği için bu teklif üzerinden kesin teminat yatırılmış olması da idarenin zararını karşılamayabilir. Bu nedenle, aşırı düşük teklifler diğer tekliflere nazaran daha riskli olduğundan ve ihale yüklenicisi ile idarenin korunması amaçlandığından, ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli yerine, yaklaşık maliyet üzerinden daha fazla oranda teminat alınmak suretiyle oluşabilecek zarar en aza indirgenmek istenmiştir. Böyle bir oranın belirlenmesi ve bu oranın yaklaşık maliyet üzerinden belirlenecek olması, aşırı düşük teklif verilmeden önce isteklinin daha iyi düşünmesini, araştırmasını ve aynı zamanda herhangi bir zarar meydana gelirse idarenin buna karşı korunmasını sağlayacaktır. Kamu yararı amacıyla çıkarılan bu düzenleme kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

58. Kamu İhale Kanunu'nda, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması hususu da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. İptali istenilen ibareler ile belirtilen amaçları sağlayabilmek için getirilen önlemin, Kamu İhale Kanunu ile ulaşılmak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez. Ayrıca kanun koyucunun, takdir yetkisi kapsamında aşırı düşük tekliflerin taşıdığı riskin en aza indirilmesi ve oluşacak kamu zararının azaltılması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla düzenlediği kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli ve orantılı olduğu anlaşıldığından kuralda ölçülülük ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

59. Bunun yanında, Kamu İhale Kurumu kendisine verilen bu yetkiyi, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkeleri ve diğer hükümleri gözeterek kullanacağından ve Kurumun belirleyeceği kesin teminat oranı, teklifleri sınır değerinin altında olan tüm istekliler için geçerli olacağından, ihale konusu işin bitirilememe riski gözetilerek ihalenin aşırı düşük teklif verenin üzerinde kalması durumunda kesin teminat oranının özel olarak düzenlenmesi eşitlik ilkesine aykırı değildir.

60. Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*", 167. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır...*" kurallarına yer verilmiştir.

61. Buna göre, ihalelerin piyasaların sağlıklı ve düzenli işleyişine uygun ve verimli bir şekilde gerçekleşmesi ve hem idareyi hem de ihale yüklenicisini korumak amacıyla böyle bir düzenleme yapılması Devletin görevleri kapsamında olup, kuralda Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.

62. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen ibareler, Anayasa'nın 2., 10., 48. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E- Kanun'un 80. Maddesiyle, 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. Maddesine Eklenen Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

63. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kuralın siyasal iktidarın ideolojisine ters düşenlerin Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmasını amaçladığı, genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadrolarında bulunanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından buldukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanmasının hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olduğu, kazanılmış hak olarak değerlendirilme dahi meşru beklentilerin karşılanması gerektiği, statü hukukuna ve kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde kanunla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmalarının hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğu, kanunların kanun koyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasının zorunlu olduğu, kuralın statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesi ile bağdaşmadığı, iptali istenilen düzenlemenin söz konusu kadrolarda en az toplam üç yıl görev yapanların tamamını değil, bazılarını Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atamayı öngörerek aynı hukuksal durumda olan kişileri farklı kurallara tabi tuttuğu, yasal atamaya karşı eşitsizliğe muhatap olan kişilerin hak arama yollarını kapatarak hak arama özgürlüklerini kullanılamaz hâle getirdiği, söz konusu kişilerin Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmaları durumunda reel ücret bir yana, nominal ücret kaybına da uğrayacakları belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

64. İptali istenilen kuralda; başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrosuna atanabilecekleri öngörülmüştür.

65. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır.

66. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir. Ancak güvenin korunması, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemelidir. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumları ile ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir.

67. Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadrolarının Sosyal Güvenlik Uzmanlığı gibi kariyer mesleklerden gelenler ve idari görevlerden yükselerek gelenler olmak üzere iki ayrı kaynağı bulunmaktadır. Kariyer meslek kaynağından gelen kişilerin kendi kadrolarına eşit veya daha düşük statüdeki Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanabilmeleri için kuralda belirtilen koşullara tabi tutulmayacakları açıktır. Dolayısıyla iptali istenilen kural, anılan koşullar aranmaksızın mevcut duruma göre Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanma imkânına sahip kariyer meslek kaynağından gelenleri değil, önceki görevi ve kadro unvanı itibarıyla Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanma imkânına sahip bulunmayan kişileri kapsamaktadır.

68. Sosyal Güvenlik Uzmanlığı kariyer bir meslek olup, bu göreve atanabilmek için Kanun'da belirtilen koşulların taşınması gerekmektedir. İptali istenilen kural ise Sosyal Güvenlik Uzmanı olma koşullarını taşımayan genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürlerine, kariyer bir meslek olan Sosyal Güvenlik Uzmanı olma hakkı tanımaktadır. Ayrıca, bakanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve taşra teşkilatında il müdürü olan kişilerin iptali istenilen kuraldan yararlanabilmeleri için bu kadrolarda toplam en az üç yıl görev yapmış olmaları ve atama tarihi itibarıyla bu kadrolardan birinde bulunmaları gerekmektedir. Bununla birlikte, bu koşullar gerçekleşse dahi bu kişilerin Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanmaları konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

69. Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadroları idareci (yönetici) kadroları olup idarenin bu kadrolara bir kere atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma zorunluluğunun bulunmayacağı açıktır. Dolayısıyla bu kadrolara atanan kişiler yönünden, buldukları statülerden doğan, tahakkuk etmiş, kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan yahut bu durumun devam edeceği yönündeki haklı beklentiden söz edilemez. Bu nedenle, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak bu kişilerin idarecilik görevlerine son verilmesi ve kariyer meslek kadrolarından gelenlerin kendi kadrolarına, kariyer mesleklerden gelmeyenlerin ise bazı koşulları taşımak kaydıyla, geldiği kadrodan daha üst bir görev olan Sosyal Güvenlik Uzmanlığı kadrolarına atanmaları mümkün olup bunu düzenleyen kuralın kazanılmış hakları veya genel olarak hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

70. Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

71. Kanun koyucu, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak kamu görevlilerinin statüsünde, bunların unvanlarında, görev ve yetkilerinde olduğu gibi bu statülere atanma koşullarında da değişiklikler yapabilir. İptali istenilen kural ile kariyer meslek kaynağından gelmeyen ve Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanma imkânına sahip olmayanlardan hizmetine ihtiyaç duyulanların, kuralda belirtilen genel müdür yardımcılığı, daire başkanlığı veya taşra teşkilatında il müdürlüğünü en az üç yıl ifa etmeleri ve atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla kariyer meslek olan Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanabilmelerinin sağlanmak istendiği ve düzenlemenin bu amaçla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu amacın kamu yararına yönelik olmadığı söylenemez. İptali istenilen kural ile amaçlanan kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

72. İptali istenilen kuralda genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü olanların tümünün değil, en az üç yıl görev yapmış olanların ve atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunanların Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanabileceği belirtilmiştir. İdare hukukunun genel ilkeleri uyarınca idarenin bu yetkisini kullanırken kuralda belirtilen şartları taşıyanlar yönünden de kamu hizmetinin daha iyi işlemesi veya kamu yararı esasına göre ayırım yaparak atama yapmak zorunda olduğu açıktır. Kamu hizmetinin daha iyi işlemesi veya kamu yararı amacıyla atama yapabilmesi için ise söz konusu kadrolarda çalışanların başarısı, liyakatı gibi çeşitli ayırt edici kriterlerin kullanılması gerekir. Bu nedenle, bu kriterleri taşıyan kişilerle taşımayanlar aynı hukuki durumda bulunmadıklarından iptali istenilen kural uyarınca bunlar arasında ayırım yapılarak bunların farklı kurallara tabi kılınmasında eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

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

74. İptali istenilen kural ile idare tarafından Başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında çalışanların Sosyal Güvenlik Uzmanı olarak atanmış sayılması değil, bu kadrolarda çalışanlardan kuralda belirtilen koşulları taşıyanların idare tarafından Sosyal Güvenlik Uzmanı olarak atanabilmesi düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu kuralın uygulanabilmesi için idari işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca da, idari işlemler yönünden kişilerin yargı yoluna başvurmaları mümkün

olduğundan, iptali istenilen kuralda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırılık bulunmamaktadır.

75. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

76. Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

77. Kuralın Anayasa'nın 70. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 85. Maddesiyle, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un; 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (n) Bendi ile 90. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen 6/A Maddesinin (1), (2), (3) (4), (5), (6), (8), (9), (10) Numaralı Fıkraları ve 93. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 9. Maddesinin (5) ve (8) Numaralı Fıkraları ve 100. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 3. Maddesinin (1), (3), (4) Numaralı Fıkraları ile (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1- Kuralların Anlam ve Kapsamları

78. Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB), Kanun'un 6/A maddesi ile bir özel hukuk tüzel kişisi olarak, Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere kurulmuştur.

79. Kanun'un 2. maddesinin iptali istenilen (n) bendinde; Birliğin, Erişim Sağlayıcıları Birliğini ifade ettiği belirtilmiştir.

80. Kanun'un iptali istenilen 6/A maddesinde ise, ESB ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Maddenin (1) numaralı fıkrasında 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğinin kurulduğu, (2) numaralı fıkrasında Birliğin özel hukuk tüzel kişiliğini haiz ve merkezini Ankara olduğu, (3) numaralı fıkrasında Birliğin çalışma usul ve esaslarının Kurum (BTK) tarafından onaylanacak Tüzükle belirleneceği ve Tüzük değişikliklerinin Kurumun onayına tabi olduğu, (4) numaralı fıkrasında Birliğin, Tüzüğün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı, (5) numaralı fıkrasında Birliğin 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluş olduğu, (6) numaralı fıkrasında 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceği, kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanacağı, (8) numaralı fıkrasında Birliğin kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebileceği, (9) numaralı fıkrasında Birliğin gelirlerinin, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşacağı, alınacak ücretlerin, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirleneceği, bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satış oranında belirleneceği, üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı

ve ödemelere ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğünde belirleneceği, süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edileceği, (10) numaralı fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunamayacağı öngörülmüştür.

81. Kanun'un iptali istenilen geçici 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise Birliğin kuruluşunun bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanacağı, (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde halen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmecilerin üyeliklerini tamamlamak zorunda oldukları, (3) numaralı fıkrasında belirtilen sürede Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması halinde, Kurum tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışların yüzde biri oranında idari para cezası uygulanacağı, (4) numaralı fıkrasında ise Birliğin kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışların yüzde biri oranında idari para cezası uygulanacağı ifade edilmektedir.

82. Kanun'un 9. maddesinin iptali istenilen (5) numaralı fıkrasında da hâkimin 9. madde kapsamında kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle verdiği erişimin engellenmesi kararlarının doğrudan Birliğe gönderileceği, (8) numaralı fıkrasında Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereğinin derhal, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirileceği belirtilmektedir.

83. ESB, 19 Mayıs 2014 tarihinde faaliyete başlamıştır. Birliğin asıl görevi, Kanun'un 8. maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve bunlar arasındaki koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Birliğe üye olmayan erişim sağlayıcılar faaliyette bulunamazlar. Bu özelliklere bakıldığında, ESB dernek veya vakıf statüsünde değildir.

84. Anayasa'nın 135. maddesinde, "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir.*" denilmektedir. ESB'nin, kamu tüzel kişisi olmaması ve oluşturulma amacının, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarını yerine getirmek olması göz önüne alındığında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamında da değerlendirilemeyeceği açıktır.

85. İnternetteki hukuka aykırılıkların giderilebilmesi ancak erişimin engellenmesi yoluyla yapılabilmekte, erişimin engellenmesi ise ancak erişim sağlayıcılar üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. İçeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının mevcut uygulamalar yönüyle ortaya koyduğu sorunlar, infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi engellerin ortadan kaldırılmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla ESB kurulmuştur. ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağlamakta ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli bulunmaktadır.

86. ESB'nin, Kanun'da özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğunun belirtilmesi ve özel hukuk tüzel kişilerinden oluşması, kuruluşunun kanunla yapılmış olması, faaliyete başlayabilmesi için Tüzüğünün BTK tarafından onaylanmasının gerekmesi ve Tüzük değişikliklerinin BTK'nın onayına tabi tutulması, kurulmasının ve üyeliğin zorunlu tutularak idari yaptırım öngörülmesi, yapacağı görevlerin kamusal yanının ağır basması gibi hususlar gözetildiğinde, idari teşkilat yapısı içinde yer almayan, kanunla kurulmuş kendine özgü bir kurum olduğu söylenebilir.

2- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

87. Dava dilekçesinde özetle,

a. Kanun gerekçesinde “*Erişim Sağlayıcıları Birliği*” adı altında, özel hukuk tüzel kişiliğine ve kamusal yetkilere sahip, nev’i şahsına münhasır bir yapının kurulmasının esas amacının, içeriğin yayından çıkarılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infazında yaşanan sorunların giderilmesi olduğunun belirtildiği, Kanun’un 6/A maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “*Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı*” ibaresi ile bunun amaçlandığı ve bu konuda uluslararası uygulamaların esas alındığı ifade edilmiş ise de başka ülkelerde benzeri bir örneğe rastlamanın mümkün olmadığı,

b. Maddenin beşinci fıkrasında tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımını mecbur kılan ve onuncu fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunamayacağı öngören bir tüzel kişiliğin, hukuka uygun ve meşru bir tüzel kişilik olarak kabul edilemeyeceği, söz konusu Birliğin, Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın emir ve talimatını yerine getirmekten öte bir işlevi olmayacak bir kurum mesabesine indirildiği, tüm internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğe üye olma zorunluluğu getiren bu düzenlemenin, sektörde faaliyette bulunmak için yeni bir “*koşul*” getirilmesi anlamına geldiği, Birliği hem kurmanın hem de bu Birliğe üye olmanın, servis sağlayıcılar açısından açıkça zorunlu hale getirilmiş olmasının, ulusal ve uluslararası hukuk ile teminat altına alınmış olan ve hiç kimsenin iradesi dışında bir örgüte üye olmaya zorlanamayacağını da içeren örgütlenme özgürlüğünün ihlali anlamına geleceği ve girişim özgürlüğünü de ihlal ettiği, ilgili alanda girişimde bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişiler için yeni bir “*piyasaya giriş şartı*” getirildiği, Birliğin Kanun’un 6/A maddesinin ikinci fıkrasında özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğunun açıkça belirtildiği, Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarını Devlet eliyle sektör dışı bırakmanın hem rekabet hukukunu ihlal edici, hem de böyle bir erişim sağlayıcının müktesep hakkını gasp edici nitelikte olduğu, bu nedenle 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarının dernek kurma hürriyetine aykırı olduğu, öte yandan anılan düzenlemelerin girişim özgürlüğünü kısıtladığı ve demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmadıkları,

c. Kanun’un 6/A maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, işletmelerin, iradeleri dışında dâhil oldukları ve kamusal nitelikte bir yükümlülüğü yerine getirecek olan Birliğin ve engelleme tedbirlerinin bütün külfet ve giderlerinden sorumlu tutulmalarının hakka ve hakkaniyete aykırı olup, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, kamusal yükümlülüğün erişim sağlayıcılara devredilmesine ek olarak, erişim engelleme tedbirlerinin yüksek maliyetli alt yapılar gerektiriyor olması karşısında, bu tedbirlerin ancak, piyasada hâkim durumda olan veya etkin piyasa gücüne sahip internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren işletmeciler tarafından yerine getirilebilmesinin, piyasaya yeni giren ve daha

küçük çapta faaliyet gösteren işletmecilerin, elektronik haberleşme hizmeti sunamamaları ile sonuçlanacağı, bu tedbirlerin piyasada hâkim durumda olan veya etkin piyasa gücünü elinde bulunduran internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren işletmeciler tarafından yerine getirilmesinin tekelleşme ve kartelleşmenin önünün açılmasını sağlayacağı,

d. 6/A maddesinin birinci, beşinci, altıncı ve onuncu fıkralarının Anayasa'ya aykırılığının aynı maddenin iptali istenilen diğer fıkralarına da sirayet ettiği ve anılan fıkraların da kaçınılmaz bir şekilde sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğuracağı, bu fıkralar hakkında ileri sürülen bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin aynı maddenin diğer fıkra hükümleri yönünden de aynen geçerli olduğu,

e. Kanun'un 6/A maddesinin iptali ile ilgili olarak ileri sürülen tüm Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin, Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendi ile 9. maddenin iptali istenilen fıkraları için de geçerli olduğu, zira belirtilen maddeler arasında organik bir bağ bulunduğu, maddelerin varlıklarını sürdürmelerinin birbirlerine bağlı olduğu,

f. *"Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde halen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır"* hükmünün, halen Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarına ve erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe üye olma zorunluluğu getirdiği, bu mecburiyete uymamanın müeyyidelerinin ise geçici 3. maddenin (3) ve (4) numaralı fıkralarında gösterildiği, halen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde üyeliklerini tamamlamak zorunda bırakılmalarının dernek kurma hürriyetine, *"Çalışma ve sözleşme hürriyeti"*ne ve *"Sendika kurma hakkı"*na açıkça aykırı olduğu, diğer yandan Kanun'un 6/A maddesi hakkında ileri sürülen bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin geçici 3. madde yönünden de aynen geçerli olduğu,

belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 33., 36., 40., 48., 51. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

88. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik"* tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

89. Kanun koyucunun ESB'yi, içeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi sorunların ortadan kaldırılması ve işin teknik özelliğinden dolayı bu görevi yapabilecek başka bir kurumun bulunmamasını da gözетerek, erişimin engellenmesi kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kurduğu anlaşılmaktadır. Bu şekilde düzenlemeler yapılması ise anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

90. ESB söz konusu erişimin engellenmesi kararlarını doğrudan yerine getirmemekte, yalnızca erişim sağlayıcılar ile söz konusu kararın muhatapları arasında aracılık görevi yapmaktadır. Birliğe üye olunmasının zorunlu olması ise Birliğe verilen görevin bir gereği olup, zorunluluk getirilmemesi halinde erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. ESB'nin çalışma usul ve esasları Kurum tarafından onaylanacak Tüzükle belirlenmekte, tüzük değişiklikleri de Kurumun onayına tabi bulunmaktadır. Ayrıca ESB, Tüzüğünün BTK tarafından uygun bulunmasını müteakip faaliyete geçmektedir. Bu nedenle, Birliğin Devlet tarafından gözetim ve denetimi de söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak için kurulan Birliğin yapısı, işleyişi ve kurulması ile ilgili olarak getirilen kurallar belirli ve öngörülebilirdir.

91. Anayasa'nın 48. maddesinde "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*" denilmektedir.

92. Erişim sağlayıcılar, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen özel teşebbüs kapsamındadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. Erişim sağlayıcılarının ESB'ye üye olma zorunluluğunun getirilme amacı gözetildiğinde, bu amaca ancak tüm erişim sağlayıcıların söz konusu Birliğe üye olması ile ulaşılabileceği açıktır. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından getirilen kurallar da bu kapsamda olup, erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesindeki muhatap belirsizliğini ortadan kaldırmak, kararların bir an önce yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir. Aksi takdirde söz konusu sistemin işlemesi mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" hükmü gözetildiğinde, mahkeme kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak için erişim sağlayıcıların ESB'ye üye olma zorunluluğunun getirilmesi, Devletin pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olup, kişilerin özel teşebbüs kurma haklarını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

93. İnternet piyasası yazılım ve donanım sistemi üzerine kurulmuştur. Erişim sağlayıcıların faaliyetlerini gerçekleştirebilmeleri için, gerekli olan yazılım ve donanıma sahip olmaları gerekmektedir. Kanun'un iptali istenilen 6/A maddesinin (6) numaralı fıkrasında da, kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanacağı belirtilmiştir.

94. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekonomik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla bunlara sınırlamalar getirilebilmesini ve özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Anayasa'nın, "*kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak*" görevini Devlete veren 5. maddesi, "*özel teşebbüslerin milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri*" almakla görevlendiren 48. maddesi hükümleri, Devletin gerektiğinde çalışma hayatına müdahale edebileceğini göstermektedir. Devlet, internet ortamında yapılan yayınlara

neniyle kişilik hakları ve özel hayatının gizliliği ihlal edilen kişilerin korunmasını sağlamakla görevlidir. Bunun için de bu hakları ihlal edilen kişilere yönelik yayınlara erişimin engellenmesini sağlamak için iptali istenilen kural ile ESB'ni kurmuştur. Bu kapsamda, erişimin engellenmesi için gerekli olan her türlü donanımın ve yazılımın erişim sağlayıcılarının kendileri tarafından karşılanmasına yönelik hüküm de Devletin aldığı tedbirler kapsamında olup bu hususlarda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Belirtilen nedenlerle söz konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırı değildir.

95. İptali istenilen kurallardan 6/A maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Birliğe, gereği yerine getirilmek üzere gönderilen kararlardan mevzuata uygun olmadığını düşündüklerine itiraz hakkının tanınması ise kamu yararını sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Birliğe itiraz hakkı tanınmak suretiyle, verilen erişimin engellenmesi kararının tekrar gözden geçirilmesi sağlanmak istenmiştir. İptali istenilen kurallardan 6/A maddesinin (9) numaralı fıkrasında düzenlenen, Birliğin gelirlerinin, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşacağı, alınacak ücretlerin, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirleneceği, bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirleneceği, üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğünde belirleneceği, süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edileceği hususları ESB'nin varlığını devam ettirmesi ve kendisine yüklenen erişimin engellenmesi görevinin yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir. Kamu yararı amacı ile çıkarılan bu düzenlemeler de anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir.

96. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

97. Kuralların, Anayasa'nın 33., 36., 40., 51. ve 167. maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

G- Kanun'un 90. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen 6/A Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

98. Dava dilekçesinde özetle, kuralın tebligat mevzuatına aykırı olduğu gibi uluslararası anlaşmalarla korunan hukuki menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedeler mahiyette olduğu, kuralın uygulanması durumunda Birliğe yapılan tebligatın muhatabı olan erişim sağlayıcıya gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise içeriğine ne zaman vakıf olduğu, tebligatın tebellüğ yetkisine sahip olanlarca alınıp alınmadığının muallakta kalacağı, geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin tüm erişim sağlayıcılar için geçerli olmak üzere Birliğe yapılan tebligat ile sağlanmasının hukuki güvenliği sarstığı, düzenleme ile bir çok hukuki sürecin ilgili tarafın tebligat içeriğinin farkında dahi olmadan önce başlayabileceği, bu durumun ise hak arama hürriyetini ciddi bir şekilde tehdit edebileceği, gerçek ve tüzel kişilerin haklarını doğrudan etkileme kapasitesine sahip olan tedbir/yaptırım kararlarının, başka bir özel hukuk tüzel kişisine tebliğ edilmesinin geçerli addedilmesinin savunma hakkının etkin kullanımını engellediği, 5651 sayılı Kanun kapsamında internet servis sağlayıcılık faaliyeti yapanlara Birlik vasıtasıyla yapılacak bildirim muhatabına ulaşmaması halinde, bu muhatapların meşru vasıta ve yollardan

yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma hakları ile adil yargılanma hakkının elinden alınması ve dolayısıyla hak arama hürriyetinden mahrum bırakılmaları anlamına geleceği, ayrıca kuralda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişilere yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının tanınmadığı ve yine benzer durumlarda ilgili gerçek veya tüzel kişilere hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerinin gösterilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

99. Kanun'un 6/A maddesinin iptali istenilen (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderileceği, ikinci cümlesinde ise bu kapsamda Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı öngörülmektedir.

100. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*hukuk güvenliği*" ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

101. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

102. Tebligat, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemlerin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildiri ve bu bildirim usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesidir. İşlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için usulüne uygun olarak muhatabına bildirilmesi gerekir. Bu şekilde yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir.

103. Kanun'un 6/A maddesinin iptali istenilen (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesi uyarınca erişimin engellenmesi için verilen kararlar, gereğinin yerine getirilmesi için Birliğe gönderilecektir. ESB, erişim sağlayıcılar ile mahkemeler ve idare arasında koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Kural ile kararların en kısa sürede yerine getirilmesi ve bu konudaki muhatap belirsizliğinin kaldırılması amaçlanmıştır. Erişim sağlayıcıların sayısının her gün artması, bunları takip etmenin ve adreslerine ulaşarak tebligat yapılmasının zorluğu hususları gözetildiğinde, sistemin en iyi şekilde işlemesi için erişimin engellenmesi kararlarının gereği için ESB'ye gönderilmesi zorunlu bulunmaktadır. Kaldı ki ESB, yalnızca

erişim sağlayıcılar ile koordinasyonu sağlamaktadır. Böyle bir düzenleme de anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

104. Kanun'un 6/A maddesinin iptali istenilen ikinci cümlesinde ise 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderilen tebligatın, erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı belirtilmektedir. Birliğe yapılan tebligat tarihi, erişim sağlayıcıya yapılmış tebligat tarihi sayılmaktadır. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (8) numaralı fıkrası ve 9/A maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar, bu kararları en geç dört saat içinde yerine getirmekle görevlidir.

105. Kişi hak ve özgürlüklerinin zarar görmesinin engellenmesi amacıyla erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesinde ortaya çıkacak gecikme, telafisi imkânsız sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle, erişimin engellenmesi kararlarının en kısa sürede yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunu sağlamak için iptali istenilen kural ile ESB'ne yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir. Getirilen sistem ile mahkemelerce ve idare tarafından verilen kararlar ESB'ye elektronik ortamda doğrudan iletilmekte, ESB de erişim sağlayıcılar ile kurmuş olduğu sistem üzerinden, bu kararları aynı anda erişim sağlayıcıların bildirilen elektronik adreslerine iletmektedir. Söz konusu tebligatın erişim sağlayıcılara ulaştığı da sistemden görülmektedir. Yapılan işin özelliği gereği en kısa sürede yerine getirilmesinin gerekmesi, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim, ESB'nin ve erişim sağlayıcıların söz konusu tebligattan haberdar olduklarının tespit edilebilmesi hususları göz önüne alındığında iptali istenilen düzenlemeler kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kuralların hukuki güvenlik ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu söylenemez.

106. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

107. Erdal TERCAN, Kanun'un 6/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamıştır.

H- Kanun'un 93. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 9. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

108. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 6/A maddesi kapsamında belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2., 33., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

109. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, iptali istenilen kural ilgisiz nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

110. Kanun'un 9. maddesinin iptali istenilen (9) numaralı fıkrasında, anılan madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayımlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi halinde mevcut kararın bu adresler için de uygulanacağı öngörülmektedir.

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

112. Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin sınırları ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, bu özgürlüğün kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sınırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

113. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil, aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

114. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

115. Öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

116. İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayımlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilemez niteliktedir.

117. Bir internet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur.

118. İptali istenilen kural uyarınca, erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının aynısı ya da aynı mahiyetteki yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda Birlik, bir değerlendirme yapacak ve yargı organınca yeni bir karar alınmaksızın, ilgili kişinin Birliğe müracaat etmesi halinde hâkimin vermiş olduğu karar, bu adresler için de uygulanacaktır.

119. Hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının aynısının bir başka internet adresinde yayınlanması durumunda Birlik tarafından kararın bu adresler için de uygulanmasında sorun bulunmamaktadır. Bu durumda mevcut kararın bu adresler için de uygulanması, söz konusu hâkim kararının yerine getirilmesinden ibarettir. Çünkü belirtilen yayının kişilik hakkını ihlal ettiği mahkeme tarafından tespit edilmiş durumdadır. Birliğin burada yapacağı şey, söz konusu yayının aynı olup olmadığını ve ihlale konu yayının belirtilen internet adresinde aynen veya bir parçasının yayınlanıp yayınlanmadığını belirlemekten ibarettir. Ayrıca, hâkim kararını etkisiz kılacak şekilde çok küçük değişiklikler yapılmak suretiyle aynı eylemin gerçekleştirilmesi halinde de ihlale konu yayının aynı olduğu kabul edilmelidir. Burada Birlik tarafından hukuki bir değerlendirme yapılması söz konusu olmayıp maddi olay tespit edilecektir. Bu durumda da erişimin engellenmesi kararının uygulanacağı yayın, daha önce hâkim kararıyla tespit edilmiş olduğundan herhangi bir belirsizlikten bahsedilemeyeceği gibi ifade hürriyetinin keyfi veya ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasından da söz edilemez.

120. Ancak, hâkimin 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin “*aynı mahiyetteki yayınların*” başka internet adreslerinde yayınlanması durumunda ilgili kişinin Birliğe başvurması halinde bunun tespiti de Birliğe bırakılmaktadır. Aynı mahiyetin tespiti, yayının aynı olmasından farklı olup, bu yayının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. “*Aynı mahiyetteki yayınlar*”, hâkimin vermiş olduğu erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayın ile aynı olmayan, ancak yöneldiği sonuç bakımından ilgilinin kişilik hakkını ihlal edebilecek mahiyette olan yayınlardır. Kişilik hakkının kapsamı ve hangi eylemlerin kişilik hakkını ihlal ettiği ise ilgili tarafların toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuki konumları, söz konusu yayının ulaştığı kitle ve bu yayının ifade özgürlüğü kapsamında bulunup bulunmadığı gibi birçok hukuki konunun değerlendirilmesini ve buna göre karar verilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda iptali istenilen kuralla aynı mahiyetteki yayınların ESB’ye erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetki, kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamadığı gibi kapsam ve sınırları da belirsizdir. Kural “*aynı mahiyetteki yayınlar*” yönünden belirli ve öngörülebilir değildir.

121. Öte yandan, Birlik tarafından hakimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin aynı mahiyetteki yayınların başka internet sitesinde yayınlanması halinde bu siteler hakkında da erişimin engellenmesi kararının uygulanması, bu sitelerden yararlanılmasını engellediğinden ifade özgürlüğünü de ölçüsüzce sınırlandırmaktadır.

122. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen kuralda yer alan “*...veya aynı mahiyetteki yayınların...*” ibaresi, Anayasa’nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

123. Kuralın kalan bölümü ise Anayasa’nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

124. Serdar ÖZGÜLDÜR kuralda yer alan “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin iptali ile ilgili sonuca farklı gerekçe ile katılmış, kuralın “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresi dışında kalan bölümü için bu görüşe katılmamıştır.

125. Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ kuralda yer alan “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin iptali ile ilgili bu görüşe katılmamışlardır.

126. Kuralın Anayasa'nın 33., 36. ve 40. maddeleriyle bir ilgili görülmemiştir.

I- Kanun'un 100. Maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 3. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

127. 5651 sayılı Kanun'a 6518 sayılı Kanun'un 100. maddesiyle eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi, 27.3.2015 tarihli, 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilmiştir.

128. Bu nedenle, konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

İ- Kanun'un 85. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (o) Bendinde Yer Alan “...ve benzeri yöntemler kullanılarak...” İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

129. Dava dilekçesinde özetle, erişimin engellenmesi tanımında erişimin engellenmesi sırasında kimi yöntemlerden “benzeri yöntemler” olarak söz edilmesinin 5651 sayılı Kanun'un amacı ve kapsamı ile çeliştiği ve hukuki belirsizliğe sebebiyet verdiği, internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin normların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

130. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda erişimin engellenmesinin tanımı yapılarak, erişimin engellenmesinin, alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade ettiği belirtilmektedir. İptali istenilen kural “...ve benzeri yöntemler kullanılarak...” ibaresidir.

131. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem

İçermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

132. Erişim engelleme, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir internet sitesine ulaşımının engellenmesidir. İnternet sitelerine erişimin engellenmesi için kullanılan tek bir yöntem bulunmamaktadır. Engellemenin kapsamı, kullanılan teknik, engelleme süresi, engelleme öncesi ve sonrası takip edilen süreç teknolojik gelişmeye göre değişmektedir.

133. Kanun koyucu, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda internet faaliyetleri konusundaki gelişmeleri gözeterik düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Ancak, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan bu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

134. Gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak, genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı olarak değerlendirilemez.

135. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralın, internet ortamındaki gelişmelerin dinamik ve değişken olması gözeterik, meydana gelen bilimsel ve teknolojik gelişmelerden faydalanmak suretiyle değişen koşullara uyularak erişimin engellenmesinin yapılabilmesi için kamu yararı amacıyla getirildiği anlaşılmıştır.

136. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda, erişimin engellenmesinin tanımı yapılırken alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi yöntemleri sayılmış ve devamında "...ve benzeri yöntemler kullanılarak..." erişimin engellenebileceği belirtilmiştir. Erişimin engellenmesi usulleri, özel bir uzmanlık ve teknik bilgi isteyen, hızlı, teknolojik ve bilimsel gelişmeler karşısında çok hızlı değişen ve gelişen tekniklerdir. Bu nedenle, bu tedbirlerin neler olduğunun kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun erişimin engellenmesi yöntemlerini açık bir şekilde saydıktan sonra bu engelleme yöntemlerine benzer biçimde yapılan erişimin engellenmesini de bu kapsamda değerlendirmesinde hukuk devletine aykırılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla, "... ve benzeri yöntemler kullanılarak..." ibaresinin belirsiz olduğundan ve keyfi uygulamalara yol açacağından söz edilemez.

137. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

J- Kanun'un 85. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (r) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

138. Dava dilekçesinde özetle, gerek yurt içinde gerekse yurt dışında faaliyet yürütenlere internet sayfalarında bulunan e-mail adreslerinden geçerli tebligat yapılabilmesine olanak sağlayan düzenlemenin ülkemizin tebligat mevzuatına aykırı olduğu gibi uluslararası anlaşmalarla korunan hukuki menfaatleri ve tebligat güvenliğini de zedelediği, hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden veya yurt dışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta yoluyla bildirim yapılması durumunda, gönderilen e-mailin gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise ne zaman görüldüğü açıldığı, açıldı ise tebellüğ yetkisine sahip olanlar tarafından alınıp alınmadığı hususları yanında, ayrıca yurt dışında bulunan hizmet sağlayıcısının tabii olduğu kamu hukukunu ihlal edebilecek bir düzenleme olduğu, 6518 sayılı Kanun'un 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasa'ya aykırılığının, bu düzenlemenin Kanun metninde ifadesini bulduğu Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin de kaçınılmaz bir biçimde sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğuracağı, ayrıca bu şekilde bir uygulamanın birçok hukuki sürecin ilgili tarafın haberi olmadan başlayabileceği anlamını taşıdığı gibi hak arama hürriyetini ciddi bir şekilde tehdit edebileceği, birçok durumda, idari eylem ve işlemlerin muhatabı olan kişilerin dava, itiraz v.s. süreleri kaçırabileceği ve hak arama özgürlüğünden mahrum kalacakları, hak arama hürriyeti ihlalinin beraberinde Anayasa'nın 40. maddesinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı, iptali istenilen kurallar ile hak arama hürriyetinin ihlali halinde idari işlemlerin muhataplarının yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının tanınmadığı ve anılan hükümlerle ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağına ve süresine yer verilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

139. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istenilen (r) bendinde, uyarı yöntemi tanımlanmış ve uyarı yönteminin; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla, öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına, iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini ifade ettiği belirtilmiştir.

140. Uyarı yöntemi, Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile ilgili bulunmakta ve bu fıkrada; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebileceği öngörülmektedir. İptali istenilen kural da, uyarı yönteminin nasıl yapılacağına ilişkin bir hükümdür.

141. Kanun'un 2. maddesinin (r) bendinde belirtilen uyarı yönteminde, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler, içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle

çerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden başvuracaklardır. Kanun'un 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan, "İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır." hükmü karşısında içerik ve (veya) yer sağlayıcısı, içeriğin yayından çıkarılması talebini 24 saat içinde cevaplamalıdır. İçerik ve yer sağlayıcısına başvurma hakkı zorunlu bir hak olmayıp, kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, içeriğe erişimin engellenmesini doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak da isteyebilir.

142. İptali istenilen kuralda, yetkili makamlarca yapılacak bir bildirimden değil, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle, haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından yapılacak, içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin bir bildirim yönteminden bahsedilmekte ve bu bildirim içeriğ veya yer sağlayıcıların iletişim adreslerine yapılacağı öngörülmektedir. Kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin uyarı yöntemine başvurma zorunluluğu bulunmamakta, bu kişilerin içerik veya yer sağlayıcılara başvurmadan doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin yayından kaldırılmasını talep etme hakları da bulunmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu hüküm sebebiyle yapılacak bildirim sonucunda kişilerin hak arama özgürlüğünü olumsuz etkileyecek bir durum söz konusu değildir.

143. Öte yandan, Kanun'un 2. maddesinin (r) bendinde belirtilen "uyarı yöntemi"ne ilişkin tanımda, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içerik ve yer sağlayıcısının iletişim adresleri üzerinden bildirim yapmaları öngörülmektedir. İletişim adresi ise içerik ve yer sağlayıcıya ulaşılabilecek belli adresler olup bu hususta düzenleme yapılması anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

144. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

145. Kuralın Anayasa'nın 40. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 86. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 3. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

146. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (r) bendi kapsamında belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

147. Kanun'un 3. maddesinin iptali istenilen (3) numaralı fıkrasında, Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabileceği öngörülmüştür.

148. Günümüzde elektronik sistem oldukça yaygınlaşmış ve hayatın her alanında kullanılır hale gelmiştir. Gelişen teknolojiye uygun olarak tebligatlarda da

elektronik ortamın kullanılması gündeme gelmekte, hatta bazı alanlarda elektronik tebligatın uygulanması zorunluluğunu gerektirmektedir.

149. 5651 sayılı Kanun'un 1. maddesinde bu Kanun'un amaç ve kapsamının, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlara içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiştir. İptali istenilen kural ile de 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabileceği öngörülmüştür. Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının yönetmelikle belirlenen esas ve usuller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlü oldukları, aynı maddenin (2) numaralı fıkrası uyarınca da bu yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından idari para cezası verileceği belirtilmiştir. Bu madde kapsamında yer alan içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcılar belirtilen hüküm gereği kendilerine ulaşılacak şekilde tanıtım bilgilerini internet sayfasında güncel olarak bulundurmakla zorunludurlar.

150. İçerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların yapmış oldukları işin bilişim sistemine ait olması, yerine getirdikleri hizmetler açısından yapılacak bildirimlerin en kısa sürede kendilerine ulaşmasının gerekmesi, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim ve bilişim sistemlerinin ilerlemesi göz önüne alındığında iptali istenilen kuralın bu kişilere yapılacak bildirim en hızlı ve en kısa sürede gerçekleştirilmesini sağlamak için kamu yararı amacına yönelik olarak çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

151. Kuralda belirtilen kişilere elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile yapılabilecek olan bildirim, kendilerine ulaştığının tespit edilebilmesi karşısında, iptali istenilen kuralda hukuki güvenlik ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırılık bulunmamaktadır.

152. Öte yandan, içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcılara elektronik posta ile yapılacak olan bildirimler, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden yapılabilecektir. İptali istenilen kuralda, benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta ile bildirim yapılabilmesinin belirtilmesinin, yeni teknolojik gelişmelerin ortaya çıkması halinde değişen koşullara uyum sağlanarak bildirim yapılabilmesine olanak sağlanması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Benzeri kaynaklarla elde edilen bilgilerden kastedilenin ise kuralda sayılan internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi gibi internetten belirlenebilecek hususlar olduğu açıktır. Bu nedenle, kuralın bu yönüyle belirsiz olduğundan söz edilemez.

153. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

154. Kuralın Anayasa'nın 40. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 87. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın ve Kanun'un 88. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (5) Numaralı Fıkranın ve

Kanun'un 89. Maddesi ile 5651 Sayılı Kanunun 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (d) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

155. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen hükümlerin, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, tüm internet kullanıcılarının iletişim verilerinin, herhangi bir hukuki sınırlama veya engelleme olmadan toplanmasını mümkün hale getirmek için düzenlendiği, tüm bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberinin olmayacağı, idarenin tamamen keyfi olarak verdiği bu karar nedeniyle zarar görecektir kişinin itiraz etmesinin mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da bu karara itiraz etmekte bir menfaatinin bulunmadığı, özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulamanın hak arama hürriyetini ortadan kaldırmasının ötesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hale getirdiği, iptali istenilen kuralların Anayasa'nın "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*" kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil ettiği, "*...kanunda öngörülen haller*"'in nelerden ibaret olduğunun 6518 sayılı Kanun'un hiçbir maddesinde belirtilmediği, öte yandan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından içerik (yer ve erişim) sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin mahiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarıh olmadığı, bilginin hassas bilgi, şahsi bilgi, gizli bilgi, ticari sır gibi çeşitli türlerinin bulunduğu, bu tür bilgilerin hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceğinin kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzem olduğu, iptali istenilen hükümlerde Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü olduğu öngörülse de bu tedbirlerin ne olduğunun açıklanmadığı, dolayısı ile belirsiz olduğu, Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, oysa iptali istenilen kurallarda içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından, talebi halinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, temel bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirilmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olmasının gerektiği, iptali istenilen hükümler uyarınca içerik, yer ve erişim sağlayıcıları TİB'in talep ettiği özel hayata ilişkin bütün bilgiler de dahil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olduklarından hak arama hürriyetinin ortadan kaldırıldığı, bu anayasal hakkı ihlal edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve sürelerinin gösterilmediği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

156. Kanun'un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, içerik sağlayıcının, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının, bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim edeceği ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri alacağı öngörülmektedir.

157. Kanun'un 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde ise, yer ve erişim sağlayıcıların Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü oldukları belirtilmektedir. Söz konusu kurallarda Kanun'un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen "*Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında*" ibaresi yer almamaktadır.

158. İptali istenilen kurallar uyarınca içerik, yer ve erişim sağlayıcılar, TİB tarafından talep edilen bilgileri talep edildiği şekilde TİB'e teslim etmekle ve TİB tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlü tutulmuşlardır.

159. Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği hükmüne de yer verilmiştir. Madde gerekçesinde de, özel hayatın korunmasının her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, resmi makamların özel hayata müdahale edememesi anlamına geldiği belirtilmiştir.

160. Özel hayatın gizliliği ve korunması özgürlüğünün kullanılmasını demokratik bir toplumda, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla, belli koşullara, sınırlamalara bağlanabilir. Ancak, getirilen ve zorunlu tedbir niteliğinde olan bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

161. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar hakların özüne dokunamaz. Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

162. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımamasını da içeren bir ilkedir.

163. Anayasa'da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bir sınırlama imkânı getirildiği hâllerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla belirtilmesi gerekmektedir.

164. İptali istenen kurallarda geçen "bilgi" kelimesi en kısa tanımıyla "işlenmiş veri"dir. Kişisel veri kavramı ise belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Dolayısıyla iptali istenilen kurallarda geçen bilgi kelimesi kişisel verileri de kapsamaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak söz konusu hak sınırsız değildir. Kişisel verilerin korunması hakkı, veri sahibinin mutlak ve sınırsız bir veri hâkimiyetini mümkün kılmamaktadır. Nitekim Türkiye'nin imzaladığı ancak uygulama kanununun yürürlüğe konmaması nedeniyle taraf olmadığı 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla

mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında, kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür.

165. Bilgi ve iletişim teknolojileri sayesinde, kişisel verilerin derleme, sınıflandırma, saklama işlemlerine tabi tutulması ve istendiğinde kolayca sunulabilmesi kolaylaşmış ve bunun sonucunda özel yaşamla ilgili bu bilgilerin haksız olarak kullanılması riski de ortaya çıkmıştır. Bu teknolojiler, kişisel verilerin kişinin rızası alınmadan başkalarına açıklanmasına ve bilginin bulunduğu yerden başka yerlere aktarılmasına imkân sağlamaktadır.

166. İnternet, ticarettten siyasete, basın-yayımdan devlet işlemlerine kadar hayatımızın her alanında çok yoğun kullanılan bir iletişim aracıdır. Bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesine sahip olmaları, bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellemekte, bireylerin demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme fonksiyonunu geri döndürmez biçimde zedelemektedir. Bireyler interneti Anayasa'da tanımlı birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırmaktadır. Örneğin bireyler haberleşme özgürlüğünü, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğünü, eğitim ve öğrenim hürriyetini, haber alma hürriyetini, iktisadi girişim hürriyetini internet yoluyla kullanabilmektedirler. Bu hürriyetlerin sınırlandırılma sebepleri de her bir hürriyeti düzenleyen Anayasa hükmünde yer almaktadır.

167. Türkiye'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle yükümlü TİB'in oluşturulmasındaki temel amaç, iletişimin izlenmesi ve tespit edilmesi uygulamalarında yetkileri merkezileştirmektir. 5651 sayılı Kanun'a göre TİB, internet içeriğinin izlenmesi ve denetlenmesi ile hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişim engelleme kararlarının uygulanmasından sorumludur. Ayrıca TİB, Türkiye'de bulunan belli bazı internet içeriklerine ve 8. maddede sayılan suçlar bağlamında Türkiye dışında yer alan içeriğe erişimi, bazı suçlar yönünden idari kararlar engelleme yetkisine de sahiptir. TİB'in ayrıca internetteki içerik izleme sistemlerinin yapısı, zamanlaması ve yöntemlerini, filtreleme, engelleme ve izleme için kullanılacak yazılım ya da donanımın üretimine ilişkin asgari ölçütleri belirleme yetkisi de vardır.

168. İptali istenilen hükümlerde yalnızca talep edilen bilgiden bahsedildiği ve bu konuda açıklayıcı bir düzenleme olmadığı için, "*kişisel veri*" veya "*isteme bağlı veri*" olarak adlandırılan, belirli veya belirlenebilir kişilerle ilgili her türlü bilgilerin TİB tarafından istenebileceği kuşkusuzdur. Yine Kanun'un 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ve 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, yer ve erişim sağlayıcıların internet trafik bilgilerini saklama görevleri kapsamında trafik bilgilerinin de TİB tarafından istenilecek bilgi kapsamında olduğu açıktır. Bunun yanında, iptali istenilen kurallarda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde yer sağlayıcılar Kanun'un 5. maddesinin (6) numaralı fıkrası, erişim sağlayıcılar ise Kanun'un 6. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca idari para cezaları ile cezalandırılacaklardır. Diğer yandan, madde hükümlerine göre içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından talep edilen bilgilerin verilmesinden ilgili kişilerin haberdar olmalarına ilişkin bir düzenleme de Kanun'da bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişilerin kendileri ile ilgili bilgilerin TİB'e verilmesinden haberdar olmaları da söz konusu olmayacaktır.

169. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının, internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi ve kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için kişisel veriler de dâhil olmak üzere bir

takım bilgi ve belgelere ihtiyacının bulunması kaçınılmazdır. Ancak iptali istenilen kurallarda, TİB'in Kanun'daki görevlerini yerine getirme noktasında içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan isteyeceği bilginin kapsamı ve getirebileceği yükümlülüklerin çerçevesi belirlenmemiş, içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan bilgi talep etme yetkisinin kapsamı kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli teminatlar sağlanarak sınırlandırılmamış ve bildirilen tedbirleri alma noktasında da kapsamı belirlenemeyen yükümlülükler yüklenmiştir. Kanun'un 4. maddesinin iptali istenilen (3) numaralı fıkrasında "*Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında;*" denilerek genel bir belirleme yapılmıştır. Ancak bu genel belirleme, Kanun'un; iptali istenilen 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer almamaktadır. Bu çerçevede iptali istenilen kurallarda, TİB'in hangi koşullarda ve hangi gerekçelerle istediği bilgilerin içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından Başkanlığa teslim edileceğine ya da verilen bilgilerin ne kadar süre ile TİB'de saklanacağına, talep edilen bilgilerin mahiyetine, içerik, yer ve erişim sağlayıcılara bildirilecek tedbirlere ilişkin herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır. Kurallar bu yönleriyle belirli ve öngörülebilir değildirler.

170. Özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızaları olmaksızın bilgi toplanmasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur. İptali istenilen kurallar, kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde TİB'e teslim edilmesine olanak tanımaktadır. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*" denilmektedir. Anayasa'nın bu hükmünde yer alan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin "*kanunda öngörülen haller*"ın nelerden ibaret olduğu 5651 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. İptali istenilen kurallar, Anayasa'da yer alan güvenceye rağmen, kişilere ait her türlü kişisel veri, bilgi ve belgelerin konu, amaç ve kapsam bakımından yeterli sınırlamaya tabi kılınmaksızın koşulsuz olarak TİB'e verilmesine imkân tanımakta, böylece kişiler idareye karşı korumasız hale getirilmektedirler. Dolayısıyla iptali istenilen kurallar, belirli ve öngörülebilir olmadığından kişilerin kişisel verilerin korunması hakkını ölçsüzce sınırlandırmakta ve Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

171. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

172. Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

173. Kuralların Anayasa'nın 36. ve 40. maddeleri ile bir ilgisi görülmemiştir.

M- Kanun'un 88. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

174. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında öngörülen saklama süresinin uluslararası ve Avrupa hukuku düzenlemelerine nazaran uzun ve geniş kapsamlı olmasına ek olarak saklanan verilerin güvenliği ile ilgili herhangi bir önleme de işaret edilmemiş olmasının ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği açısından ciddi bir tehlike doğurduğu, ifade özgürlüğü açısından bu bilgilerin her an erişime

açık bir şekilde saklanmasının, muhalif görüşlerin özel alanda dahi ifade edilmesini engelleyecek boyutta bir otosansür uygulamasına ve korku toplumuna yol açabilecek nitelikte olduğu, kanun değişiklikleriyle verilerin saklanmasına ilişkin yeterli korumanın getirilmemiş olmasının özel hayatın gizliliğinin, yalnızca kamuya mal olmuş insanların ve bilgiye erişim hakkının önüne geçebildiği ölçüde gündeme getirildiği izlenimini verdiği, anılan düzenlemenin internet erişim sağlayıcılarının üzerinde mali bir yük oluşturacağı ve internet kullanım maliyetlerini artıracığı, iptali istenilen kuralla yer sağlayıcı yönünden getirilen yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlüğünün belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmesi suretiyle sağlanmaya çalışıldığı, süreleri belirleme yetkisinin genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin sürenin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 13., 20. ve 26. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

175. Kanun'un 5. maddesinin iptali istenilen (3) numaralı fıkrasında, yer sağlayıcının, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

176. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

177. İnternet ortamında işlenen suçların takibi ve tespiti amacıyla kişisel veriler de dâhil olmak üzere internet trafik bilgilerine ihtiyaç bulunmaktadır. Trafik bilgisinin tanımı, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendinde yapılmıştır. Buna göre trafik bilgisi, taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerini ifade etmektedir. Kişisel veri kavramı da, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri içermektedir. Dolayısıyla trafik bilgisinin kapsamına, kişisel veriler de girmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak söz konusu hak sınırsız değildir. Kişisel verilerin korunması hakkı, veri sahibinin mutlak ve sınırsız bir veri hâkimiyetini mümkün kılmamaktadır. Kanun koyucu, iptali istenilen kuralı, internet üzerinden işlenen suçlarla mücadele edilmesi açısından önemli ve gerekli olan bilgilerin kaybolmasının önlenmesi ve faillerin ortaya çıkarılmasının sağlanması amacıyla düzenlemiştir. Anılan düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

178. Trafik bilgisi, bir internet kullanıcısının özel hayatı ile ilgili birçok detayı, kişisel tercihleri, politik eğilimlerini, sağlık bilgilerini, ticari sırlarını ifşa edebilecek nitelikte kritik bilgiler içeren bir veri türüdür. Bu nedenle, trafik bilgileri ile bir kişinin hayatı ile ilgili neredeyse her detayın kolayca tespit edilmesine imkân bulunmaktadır. Ancak yer sağlayıcılar, yer sağladıkları hizmetlere ilişkin trafik bilgilerine yaptıkları işin doğası gereği zaten sahip bulunmaktadırlar. Söz konusu kural yer sağlayıcıları sadece bu bilgileri belirtilen süre saklama, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Trafik bilgilerinin yer sağlayıcılar tarafından amacına aykırı kullanılması halinde Türk Medeni Kanunu'nun ve Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerinin bunlar için de uygulanacağı tabiidir.

179. İptali istenilen kural uyarınca yer sağlayıcılar tarafından trafik bilgileri belirtilen süre saklanacak, bu arada söz konusu bilgilerin doğruluğu, bütünlüğü ve gizliliği de sağlanacaktır. Yer sağlayıcıya bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğünün verilmesi, yer sağlayıcının görevinden kaynaklanan ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik bir sorumluluktur. Aynı zamanda, söz konusu bilgilerin gizliliğinin sağlanması usulleri gelişen teknoloji ile çok değişik önlemlerin alınmasını gerektirici nitelikte olup devamlı olarak değişebilecek niteliktedir. Belirtilen bu hususlar, teknik ve uygulamayı esas alan detaylarla ilgili olup, kural bu yönüyle belirli ve öngörülebilirdir. Bu nedenle, iptali istenilen kural hukuki güvenlik ilkesine aykırı değildir.

180. Ayrıca kuralda, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran ve hakkın özüne dokunan bir sınırlama bulunmadığından kişisel verilerin korunmasıyla ilgili olarak Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen güvencelere aykırılık da bulunmamaktadır.

181. Öte yandan, iptali istenilen kuralda yer sağlayıcıların trafik bilgilerinin ne kadar süre ile saklayacağı, alt ve üst sınırlar belirtilmek suretiyle gösterilmiştir. Buna göre, trafik bilgileri bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yönetmelikte belirlenecek süre saklanacaktır. Dolayısıyla, idarenin düzenlenmesine bırakılan alanın çerçevesi çizilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, alt ve üst sınır göstermek suretiyle yönetmelikle belirlenecek olan sürenin sınırları gösterildiğinden yürütmeye verilen yetki yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

182. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

183. Kuralın Anayasa'nın 26. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

N- Kanun'un 88. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (4) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gereçesi

184. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural uyarınca yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usul ve esaslarının belirlenmesinin yönetmeliğe bırakıldığı ve böylece bu konudaki düzenlemenin belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmek suretiyle sağlanmaya çalışıldığı, bu düzenlemenin yasama yetkisinin yürütmeye devri anlamına geldiği, ayrıca kural ile yer sağlayıcıların kategorize edilmesinin kanun ile değil de kim tarafından

çıkartılacağı belli dahi olmayan yönetmeliğe bırakılmasının internet aktörleri arasında ekosisteme en fazla katkıda bulunan yer sağlayıcılarının önemine oranla yanlış olduğu gibi normlar hiyerarşisine de aykırı olduğu ve idareye keyfi bir hareket alanı tanıdığı, dolayısıyla böyle bir düzenleme ile hukuki güvenliğin sağlanabilmesinin mümkün olmadığı, diğer yandan Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usul ve esaslarının belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'ya uygun olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

185. Kanun'un 5. maddesinin iptali istenilen (4) numaralı fıkrasında, yer sağlayıcıların, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılacakları ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılacakları öngörülmektedir.

186. Yer sağlayıcıların birçoğunun sunucularını yurt dışında barındırdığı, bu durumun ise yasa dışı ve zararlı içerikle mücadelede sorun oluşturduğu, bu nedenle kanun koyucunun, yer sağlayıcıların kayıt altına alınarak yasa dışı ve zararlı içerikle mücadeleyi arttırmak, ekonomiye katkıda bulunulması ve yer sağlayıcılara teşvik politikalarının uygulanmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla söz konusu hükmü çıkardığı anlaşılmaktadır. Bu hükümlerle, yer sağlayıcılar için yurt içi yer sağlayıcılık hizmetlerinin vergi yükünün azaltılması, altyapının geliştirilerek bağlantı hızının artırılması ve kayıtlı yer sağlayıcılara, özel bir tarife üzerinden elektrik enerjisi verilmesi gibi politikalarla teşvik edilmesi imkânı sağlanabilecektir.

187. Kanun'un 2. maddesinin (m) bendinde yer sağlayıcının tanımı yapılmakta, 5. maddesinde ise yer sağlayıcıların yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde belirtilmiş bulunmaktadır. İptali istenilen kuralda ise yer sağlayıcıların sınıflandırılmasında yaptıkları işin niteliğinin değerlendirileceği ve farklılaştırma yapılırken de hak ve yükümlülüklerinin göz önüne alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar açısından Kanun'da çerçeve belirlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca, iptali istenilen kuralda belirtilen yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar kanunla düzenlenmesi gerekmeyen, uzmanlık gerektiren ve teknik ayrıntılara ilişkin hususlardır. Bu hususların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması ise yasama yetkisinin devri ya da idareye Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkinin kullanılması şeklinde nitelendirilemez.

188. Diğer taraftan, dava dilekçesinde söz konusu yönetmeliğin kim tarafından çıkarılacağı dahi belli olmadığı ileri sürülmüş ise de, Kanun'un 11. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, yer sağlayıcıların yükümlülüklerine ilişkin esas ve usullerin, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Kurum'un da Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu ifade ettiği 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) bendi ile 5809 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (ee) bendi ile 65. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilmiştir.

189. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

190. Kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

O- Kanun'un 88. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (6) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

191. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural uyarınca TİB tarafından yer sağlayıcılara idari para cezası verilebileceği, idari nitelikte bile olsa, para cezasını öngören bir yaptırımın idare tarafından değil, mahkemeler tarafından verilmesi gerektiği, maddede öngörülen para cezasının alt ve üst haddi arasında “*on katı*” gibi fahiş bir fark bulunduğu, öngörülen idari para cezasının “*suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma*” prensibine aykırı olduğu, Mahkemelerin bile ceza verirken kanunlarda belirtilen ölçütleri gözeterek ve gerekçesini de kararlarında göstererek vermeleri gerekirken, TİB'e hem fahiş hem de keyfi olabilecek nitelikte ve üstelik on kat fark olan bir ceza verme yetkisi verilmesinin ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

192. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

193. İptali istenilen kuralda, yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya bu Kanundaki yükümlülükleri yerine getirmeyen yer sağlayıcı hakkında Başkanlık tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği öngörülmektedir.

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

195. Değişen sosyal, siyasi ve ekonomik koşullar kimi durumlarda idarelere bir takım hakların tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır. İdari para cezası, kabahat sayılan eylemin işlenmesini önlemeye yönelik caydırıcılık fonksiyonu gördüğü gibi kamu açısından oluşan zararın giderilmesi amacına da hizmet etmektedir.

196. Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku açısından da Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve

hafifletici nedenlerinin belirlenmesi ve idareye yaptırım uygulama yetkisinin verilmesi gibi konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

197. İdarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir. Bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır.

198. İdareye takdir yetkisi tanınması, idarenin “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdareye tanınan takdir yetkisinin, somut olayın özellikleri, eylemin ağırlığı, oluşan zararın büyüklüğü gibi durumlar göz önünde bulundurularak eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve işlenen fiil ile tayin edilecek ceza arasında adil bir dengenin gözetilmesi, hukukun genel ilkelerindedir. İdare, cezanın alt sınırının üzerine çıktığında, bunun nedenlerini ortaya koymak ve gerekçelerini açıklamak zorundadır. İdarenin, alt sınırın üzerinde ceza tayin etmesinin gerekçesini açıklayamaması veya açıklanan gerekçenin makul ve haklı olmaması, eylem ile ceza arasında olması gereken dengeye dikkat etmemesi veya bu dengeyi ölçsüz bir şekilde kurması durumunda, cezanın yargı yerlerince iptal edilebileceği tabiidir.

199. İptali istenilen kural ile düzenlenen idari para cezası, internet ortamındaki kullanıcılara yer sağlayan kuruluşlara verilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından uygulanacak olan bir idari yaptırımdır. Böyle bir düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu da açıktır.

200. Yer sağlayıcılara idari yaptırım uygulanabilecek eylemler 5651 sayılı Kanun’da gösterilmiş, uygulanacak para cezasının alt ve üst sınırı Kanun’da belirtilmiştir. Yer sağlayıcılar kanunda gösterilen kabahatleri işlemeleri durumunda ne kadar para cezasına muhatap olabileceklerini öngörebilir ve bilebilir durumdadırlar. Bu nedenle iptali istenilen kuralda, cezanın türü ve miktarı yönünden herhangi bir belirsizlik söz konusu olmadığı gibi suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

201. İptali istenilen kuralda alt ve üst sınırları gösterilen idari para cezası belirlenirken hangi kıstasların göz önüne alınacağı belirtilmemiştir. Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesinde, anılan Kanun’un genel hükümlerinin idari para cezası yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükme bağlanmış, aynı Kanun’un 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da, idari para cezasının, alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bu nedenle TİB, yer sağlayıcılara verilecek idari para cezasının miktarını belirlerken Kabahatler Kanunu’nun 17. maddesinde belirtilen ölçütlere ve ayrıca hukukun genel ilkelerine de uymak zorundadır. Dolayısıyla idari para cezasının tayininde hiçbir ölçütün belirlenmediği ve idarenin keyfi bir şekilde ceza takdir etmesine olanak sağlandığı söylenemez. Bu nedenle, kural hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

202. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Ö- Kanun'un 89. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (ç) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

203. Dava dilekçesinde özetle, kamuoyunda ve basında "Gezi önlemi" olarak nitelendirilen bu düzenlemenin ne anlama geldiğinin anlaşılamadığı, erişim sağlayıcının hangi alternatif erişim yollarını, hangi araçları kullanarak engelleyeceği hususunun uygulayıcının keyfine bırakıldığı, kuralda bu konuda açıklık ve netlik bulunmadığı, "erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yolları"nın neler olduğunun Kanun metninde açık bir şekilde ifade edilmesi gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

204. İptali istenilen kuralın yer aldığı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, erişim sağlayıcılarının yükümlülükleri ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. İptali istenilen kuralda da, erişim sağlayıcının, erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

205. Erişimin engellenmesi, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Erişimi engelleme kararı uygulanırsa dahi, internet kullanıcıları erişimi engellenen yayına çeşitli teknikleri kullanmak suretiyle ulaşabilmekte ve erişimin engellenmesi kararını etkisiz hale getirebilmektedir. İptali istenilen kural bu kapsamda erişim sağlayıcıya, erişimi engelleme kararı verilen yayınlara ulaşılmasını engelleyecek alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir. Böylece erişimin engellenmesi kararı verilen yayınlara farklı yöntemlerle ulaşan kullanıcıların bu yayınlara ulaşmaları erişim sağlayıcıların kullanacağı alternatif tedbirlerle engellenebilecek ve erişimin engellenmesi kararlarının etkisiz hale gelmesi önlenebilecektir.

206. İptali istenilen kural, erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak, bu kararların etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için TİB'in görevlerinin ifası kapsamında ihtiyaç duyulan verilerin erişim sağlayıcı tarafından karşılanması noktasında ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla çıkarılmıştır. Bu kapsamda, erişim sağlayıcının erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla yükümlü kılınması kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

207. Alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirler özel bir uzmanlık ve teknik bilgi isteyen, hızlı, teknolojik ve bilimsel gelişmeler karşısında çok hızlı değişen ve gelişen tedbirlerdir. Bu nedenle, bu tedbirlerin neler olduğunun kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Ayrıca erişim sağlayıcılar söz konusu alternatif tedbirleri, erişimin engellenmesi kararı verilmiş yayınlar hakkında uygulayacaklardır. İptali istenilen kural ile erişim sağlayıcılara doğrudan erişimin engellenmesi yetkisi verilmiş değildir. Erişim sağlayıcılara yüklenen görev daha önce verilen erişimin engellenmesi kararının etkili bir şekilde yerine getirilmesinden ibarettir. Dolayısıyla, iptali istenilen kuralda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

208. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

P- Kanun'un 91. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 7. Maddesinin Değiştirilen (2) ve (3) Numaralı Fıkraları ile Maddeye Eklenen (4) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- Kuralların Anlam ve Kapsamları

209. Kanun'un 7. maddesinde toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri düzenlenmiştir. Toplu kullanım sağlayıcı da, Kanun'un 2. maddesinin (i) bendinde, kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayıcı ifade eder şeklinde belirtilmiştir.

210. Kanun'un 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların mahalli mülki amirden izin belgesi almakla yükümlü oldukları, izne ilişkin bilgilerin otuz gün içinde mahalli mülki amir tarafından Kurum'a bildirileceği, bunların denetiminin mahalli mülki amirler tarafından yapılacağı, izin belgesinin verilmesine ve denetimine ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle düzenleneceği, iptali istenilen (2) numaralı fıkrasında ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcıların, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları, iptali istenilen (3) numaralı fıkrasında ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları, iptali istenilen (4) numaralı fıkrasında ise bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarı, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amirin yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

211. Kanun'un 7. maddesinin (4) numaralı fıkrasında belirtilen idari cezaların ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına uygulanabilmesi için aynı maddede belirtilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi gerekmektedir. Kanun'un 7. maddesinde ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların yerine getirmesi gereken yükümlülükler şunlardır:

- a- Mahalli mülki amirden izin belgesi almak,
- b- Konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikte belirlenen tedbirleri almak,
- c- Ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almak.

2- İptal Taleplerinin Gerekçesi

212. Dava dilekçesinde özetle, düzenlemelerin belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilerek suretiyle sağlanmaya çalışıldığı, böyle bir düzenlemenin hukuki güvenliği sağlayamayacağı, internet toplu kullanım sağlayıcılarına anılan maddede getirilen yükümlülükleri ve öngörülen müeyyideleri belirleme yetkisinin

genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir şekilde idareye bırakılmasının “*yasama yetkisinin devri*” niteliğinde olduğu, Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında iptali istenilen kuralların Anayasa’nın 13. maddesine de aykırı olduğu, idari nitelikte bile olsa, para cezasını öngören bir müeyyidenin idare birimleri tarafından değil de mahkemeler tarafından verilmesi gerektiği, maddede öngörülen para cezasının alt ve üst haddi arasında “*onbeş katı*” gibi fahiş bir fark olduğu ve hangi sınırdan verilmesinin takdirinin çok hassas ve ayrıntılı bir muhakeme faaliyetini gerekli kıldığı, bu nedenle bu yetkinin idareye değil, mahkemelere ait olması gerektiği, mahalli mülki amir tarafından ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilmesinin “*suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma*” prensibine de aykırı olduğu, ülkemizde ceza mahkemelerinin bile cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sırasında Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesinde belirtilen hususları kararında göstermesi gerekirken idareye bağlı bir görevliye hem fahiş, hem de keyfi olabilecek nitelikte ve üstelik arada on beş kat fark olan bir cezaya hükmetme yetkisinin verilmesinin ceza hukukunun temel prensiplerine uygun olmadığı, Anayasa’nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” denildiği, kanunla konulması gereken bir cezanın ise mahkemelerce verilmesi gerektiği belirtilerek kuralların, Anayasa’nın 2., 7., 13. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3- Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

213. Kanun’un 7. maddesinin iptali istenilen (2) ve (3) numaralı fıkraları ile toplu kullanım sağlayıcıların sunmuş oldukları hizmet nedeniyle özellikle çocukların internetteki zararlı ve yasal olmayan içerikten korunması, suçların işlenmesinin önlenmesi, suçlunun tespitinde önemli işlev görecek olan kayıt bilgilerinin tutulması ve kamera kayıtlarının belirli süre saklanmasına ilişkin yasal dayanakların güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu itibarla, internet toplu kullanım sağlayıcıları ve ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına iptali istenilen kurallarda gösterilen çerçevede belirtilen tedbirleri alma yükümlülüğünün yüklenmesi, anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

214. Kanun’un 7. maddesinin iptali istenilen (2) numaralı fıkrasında bütün internet toplu kullanım sağlayıcılarına, yönetmelikle belirlenen tedbirleri alma yükümlülüğü verilmiştir. Ancak söz konusu kuralda alınması gereken tedbirlerin konusunun suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanımına ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarına yönelik olduğu belirtilmek suretiyle çerçevesi belirlenmiştir. Yine, aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına yönetmelikle belirlenen tedbirleri alma yükümlülüğü verilmekte, bu yükümlülüklerin kapsamı da ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti olarak belirtilmektedir. Yönetmelikle belirlenecek olan tedbirlere ilişkin çerçeve iptali istenilen kurallarda gösterilmiş olup idare söz konusu tedbirleri belirlerken iptali istenilen kurallarda belirtilen amaçlarla sınırlı olarak bu yetkisini kullanacaktır. Bu nedenle iptali istenilen kurallar, belirli ve öngörülebilirdir.

215. Ayrıca, yönetmelikle belirlenecek olan tedbirlerin teknolojideki gelişmelere göre sık sık değişebilecek olması gözetildiğinde, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları belirleme yetkisinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

216. Kanun'un 7. maddesinin iptali istenilen (4) numaralı fıkrasında ise, bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amirin yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

217. Kanun koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözeterek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımından doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idari yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir.

218. İptali istenilen kuralla ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarının, Kanun'un 7. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ihlal etme eylemi, kabahat olarak kabul edilmiş ve seçenekli yaptırım öngörülmüştür. Söz konusu yükümlülüklerin kapsamı da Kanun'un 7. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı fıkralarında düzenlenmiş ve bu yükümlülüklerle uyulmaması halinde verilebilecek cezalar iptali istenilen kuralda açıkça belirtilmiştir. Kural bu yönüyle belirli ve öngörülebilirdir.

219. Suç sayılan eylem ve cezası kanunda gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesi, suçun idari düzenlemelerle ortaya konulması anlamına gelmez. Ayrıca, iptali istenilen kuralda ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına 7. maddedeki yükümlülükleri ihlal etmesi halinde yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde verilecek olan cezaların ihlalin ağırlığına göre belirleneceği ve söz konusu cezanın mahalli mülki amir tarafından verileceği belirtilmektedir.

220. Öte yandan, iptali istenilen kuralda düzenlenen kabahatler, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na tabi olup anılan Kanun'un genel hükümleri içinde yer alan 17. maddesinde, idari para cezası uygulanırken hangi ölçütlerin esas alınacağı gösterilmiştir. Söz konusu maddenin (2) numaralı fıkrasına göre, idari para cezasının, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idari para cezasının miktarı tespit edilirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur. Dolayısıyla kuralda belirtilen yaptırımların tayininde hiçbir ölçütün belirlenmediği ve idarenin keyfi bir şekilde ceza takdir etmesine olanak sağlandığı söylenemez. Yükümlülükleri yerine getirmeyen ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılara uygulanacak cezaların seçenekli olarak gösterildiği ve ihlalin ağırlığı ile Kabahatler Kanunu'nda gösterilen hususlar göz önüne alınarak bu cezalardan biri belirleneceğinden kuralın ölçüsüz olduğundan da söz edilemez. Bu nedenle, gerek kabahatin, gerekse yaptırımların kanunla düzenlenmiş olması karşısında kuralda belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceği gibi suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık da bulunmamaktadır.

221. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 7. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

222. Kuralların Anayasa'nın 13. maddesi ile bir ilgisi görülmemiştir.

R- Kanun'un 94. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen 9/A Maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

223. Dava dilekçesinde özetle, TİB uygulamaları üzerindeki yargısal denetimin hafifletilmiş olmasının ulusal ve uluslararası hukuk ile çeliştiği, anılan maddede diğer düzenlemelerin aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na herhangi bir atıf yapılmamış olmasının ve kişilik hakkının içinde yer alan özel hayatın gizliliğinin ihlali olgusunun ayrı bir maddede düzenlenmesinin, subjektif kavram olan özel hayatın gizliliğinin hangi tanımının esas alınacağı sorusunu gündeme getirdiği, yeni düzenlemeye göre "*özel hayatın gizliliğinin*" ihlaline ilişkin bir mağduriyet iddiasının herhangi bir merciin değerlendirmesine yer bırakmadan süreci re'sen başlatacağı, düzenlemedeki belirsizliğin kabul edilebilir nitelikte olmadığı, iptali istenilen kuralda Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza mahkemesinin kararına karşı içerik sahibi de dâhil kimseye itiraz hakkının tanınmadığı ve gidilebilecek itiraz yolunun gösterilmediği, dolayısı ile bu düzenlemenin hak arama hürriyetine aykırı olduğu, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında ise Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yolu gösterildiği, ancak itirazda bulunma hakkının sadece Başkanlığa tanındığı, oysa özel hayatın ihlal edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararının, asıl özel hayatın ihlal edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkının tanınmadığı, bu hususun da hak arama hürriyetine ve Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı olduğu, iptali istenilen kuralın sekizinci fıkrasında yer alan hükmün ise tam bir "*sansür*" hükmü olup TİB'e doğrudan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanıdığı, bu düzenlemeye göre özel hayatın gizliliği veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde TİB Başkanının herhangi bir ihbar, iddia, şikayet ya da başvuru olmaksızın, herhangi bir kişinin talebi bulunmaksızın erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararına re'sen karar verebileceği, bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, böyle bir yetki verilmesinin Anayasa'nın 26., 22. ve 28. maddelerinin çok ağır bir şekilde ihlali anlamına geldiği belirtilmiştir. Ayrıca, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan "*ifade hürriyetine*" doğrudan müdahale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanıdığı, bu durumun ifade özgürlüğünün kanun dışı bir yolla sınırlanması anlamına geldiği, ayrıca düzenlemenin ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmadığı, belirtilen Anayasaya aykırılık gerekçelerinin maddenin birinci, üçüncü, dördüncü fıkrası için de geçerli olduğu, söz konusu Anayasa'ya aykırılığının aynı maddenin iptal konusu yapılan ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarına da sirayet ettiği ve anılan fıkralarında kaçınılmaz bir biçimde sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurduğu, belirtilen gerekçelerin bu kurallar için de geçerli olduğu, diğer yandan, 6216 sayılı Kanun'un 43/4 maddesi uyarınca 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının iptaline karar verilmesi halinde uygulanma kabiliyeti kalmayan aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerektiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

224. Kanun'un iptali istenilen 9/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceği, (2) numaralı fıkrasında, yapılan bu istekte hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresine (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklamaya ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verileceği, bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talebin işleme konulmayacağı, (3) numaralı fıkrasında, Başkanlığın kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe bildireceği, erişim sağlayıcıların bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getireceği, (4) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesinin, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanacağı, (5) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesini talep eden kişilerin, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunacağı, hâkimin, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklayacağı ve doğrudan Başkanlığa göndereceği; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbirinin kendiliğinden kalkacağı, (6) numaralı fıkrasında, hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebileceği, (7) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı, (8) numaralı fıkrasında ise, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesinin Başkanlık tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

225. Özel hayatın gizliliği, Anayasa'nın 20. maddesinde "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*"; haberleşme özgürlüğü ise Anayasa'nın 22. maddesinde "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*" denilerek koruma altına alınmıştır.

226. Özel hayatın korunması her şeyden önce özel hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisinin istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve kişilere karşı korunmuştur.

227. Haberleşme özgürlüğü, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bu özgürlük, çok daha geniş bir alanı kaplayan "*özel hayatın*" bir parçasını oluşturur.

228. Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü de sınırsız bir hak niteliğinde değildir. Bazı hallerde bu haklara da müdahale edilebilmesi mümkün olmakta ve kişiler de bu müdahalelere katlanmak durumundadırlar.

229. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında haberleşme hürriyetine, ancak 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 ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yine bu sebeplere bağlı olarak kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile müdahalede bulunulabileceği; kararın yetkili merci tarafından verilmesi halinde yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklaması gerektiği; aksi halde verilen kararın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır.

230. Anayasa'nın düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesinde de herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu, ancak bu hürriyetlerin kullanılmasının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

231. İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır. Ancak, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim Anayasa'nın 22., 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, ancak kanunla yapılabilir ve hak ve özgürlüklerin özlerine dokunamayacağı gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

232. Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşılabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır.

233. Anayasa'da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bu konuda bir sınırlama imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması gerekmektedir.

234. Kanun'un birinci maddesinde, Kanun'un amaçlarından birinin internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

235. Kanun'un 9/A maddesinde, özel hayatın gizliliği nedeniyle erişimin engellenmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca erişimin engellenmesine karar verilebilmesi, söz konusu içeriğin özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi hali ile sınırlıdır.

236. Kanun koyucunun özel hayata verdiği önemin bir göstergesi olarak, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği durumlarda bu hakkı ihlal edilenin başvurması ve söz konusu başvurunun usulüne uygun olması halinde derhal internet ortamında yapılan yayın içeriğine erişimin engellenmesini sağlayarak, özel hayatın gizliliğini korumak istediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, anayasal sınırlar içinde kalmak şartıyla internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını istemelerini öngören hüküm ve bu başvuru talebinde hangi hususların gösterileceğinin ve kararın ne şekilde uygulanacağına ve başvuru yollarının belirlenmesi konularında kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir.

237. Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyetinin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile Anayasa'nın 26. maddesinde ise ifade hürriyetinin başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması amacıyla sınırlanabileceği belirtilmektedir. Anayasa'nın 28. maddesinde de, basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir. İptali istenilen kurallar ile getirilen bu sınırlamayla Anayasa'nın 22., 26. ve 28. maddelerinde belirtilen sınırlama sebeplerine bağlı kalındığı ve sınırlamanın başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedeniyle meşru bir amaca dayandığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bunun yanında, Anayasa'nın 22. maddesi kapsamında, yetkili kılınmış mercii ile yapılacak olan sınırlamada özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi halinde de gecikmesinde sakınca bulunan hallerden biri olarak nitelendirileceği açıktır. Dolayısıyla, özel hayatın gizliliğine keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen kurallar, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ulaşılmak istenen amaçla sınırlı ve ölçülüdür.

238. Diğer taraftan, iptali istenilen kurallarda erişimin engellenmesi ile ilgili olarak idareye verilen yetkinin kapsam ve usulleri ile bu yetkiyi nasıl kullanacağı ve erişimin engellenmesini ne şekilde uygulayacağı ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Kurallar bu yönüyle belirli ve öngörülebilir olduklarından, hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

239. Kanun'un 9/A maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca TİB'in erişimi engelleme tedbirinin yargısal denetimi, sulh ceza hâkimi tarafından yapılmaktadır. Özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişi talepte bulunduğu saatten itibaren 24 saat içinde sulh ceza mahkemesine başvurmalıdır. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklayacak ve doğrudan Başkanlığa gönderecektir. Aksi halde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Kanun'un iptali istenilen 9/A maddesinin (5) numaralı fıkrası ile getirilen düzenleme, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrası gereği olduğundan kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

240. Dava dilekçesinde, itirazda bulunma hakkının sadece Başkanlığa tanındığı, özel hayatı ihlal edilen kişiye itiraz hakkı tanınmadığı belirtilerek Kanun'un 9/A maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İptali istenilen kuralın (6) numaralı fıkrasında, hâkimin verdiği karara karşı TİB'in Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine göre itiraz edebileceği düzenlenmesine karşın, başvuruda bulunana yönelik itiraz hakkı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 5271 sayılı CMK'nın 267. maddesi uyarınca, hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268. maddesi uyarınca da, itiraz hakkı ilgililere tanınmıştır. Mağdurun

bu ilgililer kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla, mağdurun da CMK hükümleri uyarınca itiraz hakkının bulunması karşısında iptali istenilen kural, hak arama hürriyetine ve Anayasa'nın 40. maddesine aykırı değildir.

241. Kanun'un 9/A maddesinin (7) numaralı fıkrası uyarınca, erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda söz konusu ihlal ortadan kalktığından ve özel hayatın korunmasını gerektiren bir durum kalmadığından, hâkim kararının kendiliğinden hükümsüz kalması ise işin doğası gereği olup kural, Anayasa'ya aykırılık içermemektedir.

242. İptali istenilen kuralın (8) numaralı fıkrasında ise özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesinin Başkanlık tarafından yapılacağı öngörülmektedir.

243. Kuralda yer alan "*özel hayatın gizliliğinin ihlali*" ve "*gecikmesinde sakınca bulunan haller*" ibarelerinin içerik ve kapsamının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Ancak, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi hallerinin tamamının, gecikmesinde sakınca bulunan haller olarak nitelendirileceği de açıktır.

244. Kanun koyucu, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerin hızlı ve seri karar alınmayı gerektiren bir özellik arz etmesini göz önüne alarak, iptali istenilen kural ile kişinin kendisinin dahi haberinin olmadığı ya da kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin ihlal edildiği durumlarda, kamu düzeni ve kamu yararını korumak amacıyla TİB Başkanına erişimin engellenmesine karar verme yetkisi tanımıştır. Böyle bir düzenleme ise anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

245. TİB Başkanının söz konusu yetkiyi, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kullanacağı açıktır. Her ne kadar kuralda TİB Başkanının erişimin engellenmesi ile ilgili olarak hangi yolla erişimin engelleneceği açık bir şekilde belirtilmemiş ise de, Kanun'un 9/A maddesinin (4) numaralı fıkrasında erişimin engellenmesinin, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla yapılacağına ilişkin hükmün TİB Başkanı için de geçerli olduğu açıktır. Kanun'un 9/A maddesi ile erişimin engellenmesi için gerekli durum ve şartların temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş bulunmakta olup, kural bu haliyle belirli ve öngörülebilir niteliktedir.

246. Ayrıca, TİB Başkanının Kanun'un 9/A maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca vermiş olduğu erişimin engellenmesi kararı, aynı maddenin (9) numaralı fıkrası uyarınca yargı denetimine tâbidir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacak ve hâkim kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacaktır.

247. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

S- Kanun'un 97. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesine Eklenen (5) Numaralı Fıkranın Birinci Cümlesinde Yer Alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

248. Dava dilekçesinde özetle, yargı organının unsurları ve şüphesiz en etkin figürleri olan hâkim ve savcılarının bir idarenin emrinde görevlendirilmelerinin Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu, mevzuata göre yalnızca Adalet Bakanlığı bünyesinde, adli hizmete ilişkin görevlendirilmeleri söz konusu olan hâkim ve savcılarının TİB veya başka bir idare emrinde görevlendirilebilmelerinin mümkün olmadığı, iptali istenilen düzenlemede geçen "emrinde" ibaresinin dahi başlı başına yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşamaz nitelikte olduğu, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine gölge düşürdüğü, ayrıca iptali istenilen ibarenin Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen "Anayasal düzene uygun bir kanun" kapsamında kabul edilemeyeceği, "Mahkemenin bağımsızlığı" ve "Hâkimlik teminatı" ilkelerini ihlal eden bir düzenlemenin Anayasa'nın Başlangıç bölümünün 4. paragrafında ifade edilen "kuvvetler ayrılığı" prensibine de aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

249. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda, 8.6.1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kurumlarının, hâkim ve savcılarının ise kendilerinin muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebileceği öngörülmektedir. Kuralda yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

250. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli ögesi sayılan yargı bağımsızlığı, mahkemelerin bağımsızlığı üzerine kurulur. Hâkimler de, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik güvencesi esaslarına göre görevlerini yerine getirirler. Mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları, birbirleriyle eş anlamlı, biri öbürünün nedeni ve doğal sayılacak ilkelere. Hâkimlik güvencesi de bu hukuksal bileşenin gereğidir.

251. Anayasa'nın 138. maddesinde "Mahkemelerin bağımsızlığı", 139. maddesinde "Hâkimlik ve savcılık teminatı" ilkeleri yer almış; 140. maddesinin ikinci fıkrasında da, hâkimlerin görevlerini, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre yerine getirecekleri belirtilmiştir.

252. Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ifade etmektedir. Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlıkları ise onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, adaletin, dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkuadan uzak şekilde dağıtılması amacını gütmektedir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve

endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir.

253. Hâkimlik teminatı da aynı amaca yönelik olup, hâkim ve savcıların azledilmelerine, kendileri istemedikçe Anayasa'da öngörülen yaştan önce emekliye ayrılmalarına, herhangi bir sebeple aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmalarına engel oluşturmaktadır.

254. Gerek mahkemelerin bağımsızlığı gerekse hâkimlik teminatı ilkeleri, yargılama faaliyetine ilişkin ilkeler olup esas olarak adil bir yargılama sistemini sağlama amacını gütmektedirler.

255. Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında "*Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar*" denilmektedir. Buna göre, hâkim ve savcılarının kanunda belirtilmek koşulu ile resmî ve özel görev alabilecekleri Anayasa koyucu tarafından kabul edilmiştir. Bu bağlamda, bir hâkim veya savcının başka bir kurum veya kuruluşta görevlendirilebilmesi için öncelikle hâkim veya savcının görevlendirileceği kurum veya kuruluşun kanununda açıkça görevlendirme yapılabileceğine dair bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, bir hâkim veya savcının görevlendirileceği kurum veya kuruluşun kanununda görevlendirme yapılabileceğine dair bir düzenleme yoksa hâkim veya savcının geçici yetki veya görevlendirme ile o kurum veya kuruluşta görevlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu şekilde geçici yetki veya herhangi bir görevlendirmeyle başka bir kurum veya kuruluşta görevlendirilen hâkim veya savcının kadroları ile ilişkileri devam etmekte ve hâkim ve savcı statüleri korunmaktadır. Nitekim, bu hâkim ve savcılarının özlük işlemleri 2802 sayılı Kanun'a göre yapıлып Anayasa'da teminat altına alınan güvencelerden de yararlanmaktadırlar. Bu nedenle, Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrası gereğince ancak bir kanunun açık hükmüne göre geçici yetki veya herhangi bir görevlendirmeyle başka bir kurum veya kuruluşta görevlendirilebilen hâkim ve savcının, 2802 sayılı Kanun'da tanımlanan hâkim ve savcı tanımının içerisinde yer almadığı söylenemez.

256. Kanunlarla belirlenecek resmî ve özel görevlerin belirlenmesinde ise kanun koyucunun yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hâkim ve savcılık teminatı ve bağımsızlığı ilkelerini içeren anayasal düzenlemeleri gözetmesi gerektirir.

257. İptali istenilen kural uyarınca hâkim ve savcılar kendilerinin uygun bulması ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebileceklerdir. Bu görevlendirme geçici olup, hâkim ve savcılarının aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kendi kurumları tarafından ödenecektir. Ayrıca, hâkim ve savcılar kurumlarından izinli sayılacaklar ve izinli oldukları sürece de meslekleri ile ilgili özlük hakları devam edecektir. Bunun yanında, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görev yaptıkları süre de terfi ve emekliliklerinde hesaba katılacaktır. Terfileri başkaca bir işleme gerek kalmaksızın süresinde yapılacaktır.

258. Hâkim ve savcılarının TİB'de görevlendirilebilmeleri için 6087 sayılı Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Kanunu hükümleri uyarınca HSYK İkinci Dairesinin izin vermesi gerekmektedir. 6087 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında HSYK İkinci Dairesinin görevleri yer almakta olup, aynı kuralın (a) bendinin beşinci sırasında ise, "*Diğer kurumların geçici görevlendirme ve nakil taleplerine ilişkin izin işlemlerini yürütme*" görevi İkinci Dairenin görevleri arasında düzenlenmiştir. Belirtilen bu

hüküm uyarınca, muvafakatleri bulunan hâkim ve savcıların TİB’de görevlendirilmelerine ilişkin izin işlemlerini HSYK İkinci Dairesi yapacaktır.

259. Hâkim ve savcıların TİB’de görevlendirilmelerine ilişkin hüküm kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun yanında hâkimlik teminatı gereğince, görevlendirme yapılabilmesi için hâkim ve savcıların kendi muvafakatlerinin bulunması şart koşulmuştur. Ayrıca, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görev alanı ve hukukla olan ilişkisi gözetildiğinde, hâkim ve savcıların mesleki bilgi ve birikimlerinden yararlanmak amacıyla Başkanlık emrinde görevlendirilmelerinde Anayasa’ya aykırılık bulunmamaktadır.

260. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen ibare, Anayasa’nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

261. Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

262. Kuralın Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile ilgisi görülmemiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

263. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kuralların Anayasaya açıkça aykırı olduğu ve yürürlüklerinin durdurulmaması halinde hukuk devleti yönünden telafisi imkansız durum ve zararların ortaya çıkacağı, 6518 sayılı Kanun’un 5651 sayılı Kanun’da yaptığı değişikliklerle bilgi toplumuna giden yolda ciddi engeller yaratıldığı, ifade özgürlüğü, insan hakları ve temel hak ve hürriyetlerin korunması gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku’na aykırı uygulamalara sebep olduğu, Anayasa’da teminat altına alınmış özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, basın hürriyeti, dernek kurma/derneğe üye olup olmama hürriyeti, sendika kurma/sendikaya üye olup olmama hürriyeti, çalışma sözleşme hürriyeti, hak arama hürriyeti ve temel hak ve hürriyetlerin korunması ve temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi gibi temel insan hak ve hürriyetlerini daha da kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı bir hale getirdiği, bu menfi durumun toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son olarak Türkiye’nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekabette yerini alma hedefi ile bağdaşmadığı, erişim engelleme tedbiri hükmedilmesine imkan tanıyan söz konusu değişikliklerin oranlılık ve ölçülülük ilkelerinin uygulanmasını sağlamaktan uzak olduğu, özel hayatın gizliliği nedeniyle erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanabilmesine imkan veren ve son derece suistimale açık bir durum ortaya koyan düzenleme ile TİB Başkanının emriyle ölçsüz şekilde erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanabileceği bir durum yaratıldığı, bu düzenlemeler kapsamında verilecek erişimin engellenmesi kararlarının ESB eliyle uygulanmasının da son derece sakıncalı olduğu, bir yandan TİB’e sınırsız yetkiler verildiği, bir yandan da ifade özgürlüğü, dernek kurma/derneğe üye olup olmama özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, basın özgürlüğünün ihlal edildiği, özel hayatın gizliliği ihlal edilen kişilere başvuracak hiçbir kanun yolu öngörülmediği, 6518 sayılı Kanun’la getirilen sınırlamaların fazlasıyla geniş ve veri saklama süresi de dahil olmak üzere diğer tüm ayrıntıların düzenleyici işlemlerle idare tarafından belirlendiği, iptali istenilen kuralların özel hayata önemli nitelikte müdahale niteliğinde olduğu belirtilerek kuralların, yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un;

A- 93. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında yer alan "...veya aynı mahiyetteki yayınların..." ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkraya,

2- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (5) numaralı fıkraya,

3- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (d) bendine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu fıkralara ve bende ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE,

C- 1- 8. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,..." bölümüne,

2- 47. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin;

a- İkinci fıkrasında yer alan "...gibi hususlarda..." ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine..." ve "...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin..." ibarelerine,

3- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkrada yer alan "...yaklaşık maliyetin ..." ve "...az ve %15'inden..." ibarelerine,

4- 80. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkraya,

5- 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) ve (r) bentlerine ve (o) bendinde yer alan "...ve benzeri yöntemler kullanılarak..." ibaresine,

6- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkraya,

7- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (3), (4) ve (6) numaralı fıkralara,

8- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (ç) bendine,

9- 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesine,

10- 91. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

a- Değiştirilen (2) ve (3) numaralı fıkralarına,

b- Eklenen (4) numaralı fıkrasına,

11- 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (5) ve (8) numaralı fıkralarına ve (9) numaralı fıkrasının "...veya aynı mahiyetteki yayınların..." ibaresi dışında kalan bölümüne,

12- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı fıkralarına,

13- 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresine,

14- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin (1), (3) ve (4) numaralı fıkralarına ve (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

yönelik iptal talepleri, 8.12.2015 tarihli, E.2014/87, K.2015/112 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bent, cümle, bölüm ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

D- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesi hakkında, 8.12.2015 tarihli ve E.2014/87, K.2015/112 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

8.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

264. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

265. 6518 sayılı Kanun'un 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (d) bendinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında yer alan "... ve (d)..." ibaresinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

266. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

267. 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın, 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın, 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin; (1) numaralı fıkrasına eklenen (d) bendinin ve (3) numaralı fıkrasında yer alan "*...ve (d)...*" ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkralara, bende ve ibareye ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- HÜKÜM

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 8. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin;

1- "*...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye,...*" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- "*...bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,...*" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 47. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin;

1- İkinci fıkrasında yer alan "*...gibi hususlarda...*" ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine...*" ve "*...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin...*" ibarelerinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkrada yer alan "...yaklaşık maliyetin ..." ve "...az ve %15'inden..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 80. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 85. maddesiyle, 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) ve (r) bentlerinin ve (o) bendinde yer alan "...ve benzeri yöntemler kullanılarak..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen;

1- (3), (4) ve (6) numaralı fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (5) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen;

1- (ç) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ

GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- (d) bendinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı kuralın (3) numaralı fıkrasında yer alan "...ve (d)..." ibaresinin de, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin;

1- (1), (2), (3), (4), (5), (6), (8), (9) ve (10) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (7) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Erdal TERCAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

K- 91. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

1- Değiştirilen (2) ve (3) numaralı fıkralarının,

2- Eklenen (4) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

L- 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin;

1- (5) ve (8) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (9) numaralı fıkrasının;

a- "...veya aynı mahiyetteki yayınların..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

M- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

N- 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

O- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin;

1- (1), (3), (4) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (2) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesi, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 30. maddesi ile değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

8.12.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ VE DEĞİŞİK GEREKÇE

1. “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” ile milletvekillerince verilen 10 ayrı “Kanun Teklifi”, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Plân ve Bütçe Komisyonunda birleştirilerek görüşülmüş ve TBMM Genel Kurulu’na sevk edilmiş ve 6.2.2014 tarih ve 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” olarak kabul edilmiş ve 19.2.2014 tarih ve 28918 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun’un 80. maddesi ile 5502 sayılı Kanun’un 30. maddesine eklenen fıkranın ve Kanun’un 93. maddesi ile 4.5.2007 tarih ve 5651 sayılı Kanun’un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının, keza Kanun’un 97. maddesi ile 5651 sayılı Kanun’un Ek-1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkradaki iptali istenen ibarenin “Kanun Tasarısı”nda ve “Kanun Tekliflerinde” yer almadığı ve bu düzenlemelerin TBMM Plân ve Bütçe Komisyonunca birleştirilen metne eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın 88. maddesinde “Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İhtizûkle düzenlenir.” denilmektedir. Anayasa’nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa’nın 148. maddesi anlamında bir “şekil sakatlığı”na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, “şekil bakımından” değil, “esas bakımından” söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki “Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İhtizûkle düzenlenir” hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa’nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İczüğü’nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa’nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esası ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İhtizûğü’nün “Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı” başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: “Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar...”

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde ve teklif metinlerinde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan “başka” kanunlarda ek ve değişiklik getiren “yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki” değişikliklerin “Genel Kurul” tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki “Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususları ile sınırlıdır...” hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti söz konusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir “son oylama”nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzelteceği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki “şekil denetimi” kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalaştığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 6518 sayılı Kanun'un 80. maddesi ile 5502 sayılı Kanun'un 30. maddesine eklenen fıkranın ve Kanun'un 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresi dışında kalan bölümünün, Kanun'un 97. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un Ek-1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkradaki iptali istenen ibarenin

Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Keza, Kanun'un 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında yer alan "...veya aynı mahiyetteki yayınların..." ibaresinin iptali yolundaki karara da yukarıdaki değişik gerekçeyle katılıyorum.

2. 6518 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değiştirilen 213 sayılı Kanun'un Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin iptali istenen bölümüyle mükelleflere, vergi dairelerine olan borçlarının bulunması halinde bandrol, pul, barkod, hologram, kupa, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesi yasaklanmakta ve bu konuda Maliye Bakanlığı gerekli düzenlemeleri yapmakla yetkili kılınmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 18.10.2007 tarih ve E.2007/4, K.2007/81; 14.2.2013 tarih ve E.2011/63, K.2013/28 sayılı kararlarında, iptal istemine konu kurala benzer yasal düzenlemeler "ölçülülük" ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anılan kararlarda da işaret edildiği üzere dava konusu kuralın "... mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye ..." bölümünün, vatandaşlık ödevi kapsamında bulunan vergi borcu ve bu kapsamda bulunmayan kamu alacakları yönünden "ölçülü" bir sınırlama olmadığı açık olduğu gibi, bu alacakların tahsilini kolaylaştırmaya yönelik olsa da, mükelleflere anılan özel işaretlerin verilmemesi Anayasa'nın 48. maddesinde teminat altına alınan Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğünün açık ihlali sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla kuralın bu bölümünün Anayasa'nın 48. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali gerekmektedir.

Kuralın bu bölümünün iptali durumunda geriye kalan "... bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ..." bölümünün de uygulanma olanağı kalmayacağından; bu bölümün de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; Anayasa'nın 48. maddesine aykırı olan kuralın iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY

5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrada yer alan "*Talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde başkanlığa teslim eder*" ibaresi ile yine aynı Yasa'nın 5. maddesine eklenen (5) numaralı fıkrasında ve 6. maddesine eklenen (1) numaralı fıkranın (d) bendinde yer alan aynı ibarenin, Mahkememizce Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı görülerek oyçokluğu iptal eden çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Dava dilekçesinde, talep halinde TİB Başkanlığınca yer, erişim ve içerik sağlayıcılar tarafından, teslim edilecek bilgilere erişimi sınırlandıracak bir düzenlemeye yer verilmediği, her türlü bilgiyi teslim etmenin hak arama hürriyetini ortadan kaldırdığı, hakkı ihlal edilenin hangi kanun yolunu kullanarak hangi mercie başvuracağını ve sürelerinin gösterilmediği nedenleri ile Anayasanın ilgili maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

İptali istenilen maddelere konu talep edilen bilgilerin, bir an için kişilerle ilgili belirlenmiş her türlü bilgi olduğu düşünülebilirse de, Anayasa Mahkemesinin 2.10.2014 gün ve 2011/149 Esas, 2014/151 Karar sayılı İPTAL kararı karşısında, yer ve erişim sağlayıcıların temin ettiği, Anayasa ile teminat altına alınan, iletişimin gizliliği, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, kişisel verilerin korunması gibi bir çok temel hakla doğrudan ilintili edinilmiş trafik bilgilerinin, kural ve sınırlamaya tabi olmaksızın TİB Başkanlığınca edinilmesinin Anayasa'ya aykırı kabul edildiği hukuksal durum karşısında ayrıca TİB tarafından talep edilecek bilgilerin korumadan yoksun bilgi kapsamında olamayacağı açıktır.

Nitekim TİB yetkililerinin talep edilen bilgilerin kişisel verilere ilişkin olmayıp içerik ve yer sağlayıcıların güncel adres bilgileri ile sınırlı ve uygulamanın da bu şekilde olduğu ifadeleri dikkate alınmalıdır. Ayrıca; Başkanlığın talep edeceği bilgilerin, kendisine bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerin ifası kapsamında sınırlandırıldığı, 5651 sayılı Yasa'nın 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasından da anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenleme karşısında kuralda tanınmış yetkinin sınırlanmadığı da söylenemeyecektir.

Kanun kapsamı irdelendiğinde, internetin güvenli kullanımını sağlama, kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önleme amaçlı olduğu bunun için esas ve usul belirleyerek gerekli tedbir alma kriter belirleme görevi bulunduğu, kolluk ve soruşturma mercilerine yardımda bulunmak bu maksatlarla içerik yer ve erişim sağlayıcılar ile koordinasyon içinde faaliyette bulunulacağına yönelik olduğu görülecektir.

Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen özel hayatın gizliliği, 22. maddesindeki haberleşme özgürlüğü, 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma gibi kural kapsamında ilintili görülen haklar sınırsız temel haklar değildir.

Kişisel verilerin korunması hakkı insanın maddi ve manevi bütünlüğünün gelişiminde ne kadar temel ve öncelikli olsa da, bu hak veri sahibine mutlak ve sınırsız bir hakimiyet alanı bırakmamaktadır. 1981 tarih ve 108 sayılı kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında kişilerin korunmasına dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde devlet, kamu, güvenlik, ekonomik menfaatlerin korunması ve SUÇLARLA MÜCADELE KAPSAMINDA kişisel verilerin korunmasına sınırlama getirilebileceği kabul

edilmiştir. Yine Sözleşme'nin 5. maddesinde göre kişisel veriler açıkça belirlenmiş meşru amaçlar için, toplanma gerekçesiyle sınırlı olmak ve gerekli süreyi aşmamak şartlarıyla tutulabileceği kabul edilmiştir. Nitekim 5651 sayılı Yasa 5. maddesinin üçüncü fıkrasında sağlanmış trafik bilgilerinin gizliliğinin sağlanarak ne kadar süre ile saklanabilecekleri açıkça ifade edilmektedir.

TİB Başkanlığına ulaştırılmış bilgilerin, kanunun verdiği yetki ve belirlenmiş görev alanı kapsamında sınırlandığı düşünüldüğünde bilgilerin amaç-araç kapsamında yöntem sınırlaması yapılmadan ölçsüz bir biçimde saklandığı ve kullanılabilir halde bulunduğunu söyleme olanağı yoktur.

İptali istenen hükmün TİB Başkanlığının tüm internet kullanıcılarının iletişim verilerinin her hangi bir sınırlama getirilmeden toplanmasının mümkün hale getirdiğini, özel hayata müdahaleye sebep olan uygulamanın hak arama hürriyetini ortadan kaldırdığı, TİB Başkanlığınca talep edilen bilgilerin mahiyeti, talep yönteminin belirsizliği, bilginin içinde özel hayat bilgisi de olup bununda talep halinde verileceği ileri sürülmüş ise de; 5651 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin (e), (f) ve (j) bentleri, kapsamında yer alan yer, hizmet ve erişim sağlayıcıların; taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş anı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve abone kimlik bilgileri, bu olanakları sağlayanlar, kullanıcıya sunulan bilgileri üreten, değiştiren gerçek ya da tüzel kişiliklere ait veriler, yasanın erişeceği bilginin sınırları olarak belirlediğinden, özel kişisel hayat bilgisi, şahsi, gizli, ticari sır nitelikli bir bilgiyi edinme ve toplama gibi bir yetkilerinin bulunmadığı görülmelidir. Kanun, görev kapsamında edinilebilecek bilgi yetkisinin sınırlarını açıkça tanım maddesinde ifade etmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Yasası'nın 6. maddesinin (ı) bendinde yer alan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun elektronik haberleşme ile ilgili olarak ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi gerçek ve tüzel kişilerden alabilmesine ilişkin kuralın, iptali istemiyle geldiği Mahkememizde kurumun amaç ve görev alanında yer alan sektör ve ilgili şikayetleri değerlendirme ve denetim işlevlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi amacı ile sınırlı olarak, abone ve kullanıcıların kişisel bilgilerin gizliliği ve ticari sırları da koruma görevi olduğu da düşünüldüğünde, kuralın verdiği yetkinin özel hayat ve haberleşme özgürlüğüne yönelik olduğunun düşünülemediği ve bu hakları sınırlamadığı gerekçeler ile 2008/115 Esas, 2011/86 Karar sayılı dosyada Anayasa'ya uygun bulunduğuna dikkat çekmek gerekir.

Günümüzde, iletişim ve bilgiye ulaşmada oluşan teknolojik kolaylıklar ile oluşabilecek hukuksuzluklar karşısında, kendisini oluşturan kişi ve devlet varlığını yaşatma ve koruma sorumluluğunda oluşan olağanüstü yoğunluk ve teknolojik çağda, hakların korunması ve birey/devlet arası hakların korunmasının dengelenmesinde aşırı hassasiyet eşğine ulaşılmıştır. Demokratik toplum inşasında, yıkılmasının önüne geçecek tedbirleri alma zorunluluğu gözetilmeden hürriyetler kendilerinin sınırsız hakimiyet alanına terk edilemez.

Elbette Anayasal hak ve hürriyetlerin demokratik toplum gereklerine uygun şekilde ve ölçsüz bir müdahaleye uğramadan kullanılması, hissedilmesi demokratik toplum temel öğelerinden varsayılmakta ise de Anayasa'da yazılı çerçevesi içerisinde hak kullanımının da bir sınırının bulunduğu kişi bilincinde yer almalı ve gözden uzak tutulmamalıdır.

Mahkememiz karar gerekçesinde Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı kapsamında, herkesin kendisi ile ilgili veriler hakkında bilgilenme, erişme amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkı olduğuna değindikten sonra iptali istenen kuralda geçen "bilgi" kelimesinin, kişiye ait BÜTÜN bilgileri (kişisel verileri) kapsadığını değerlendirmekte, bunlarında TİB tarafından istenebileceğini talep edilen bilgilerden kişilerin haberdar olmalarına ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığını ifade etmektedir.

İptali istenen kuralda geçen kişisel veri, yukarıda da açıklandığı gibi kişiye özel, gizli, saklı, sır, özel hayat bilgisi olmayıp, internet kullanıcısının bu ortamda yer alması dolayısıyla yararlandığı yer, erişim ve hizmet sağlayıcıların 5651 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde sayılı kişilik tipleri ve kullanılan elektronik ortama ilişkin teknik bilgileri ile sınırlıdır. Yasanın görev ve yetki alanı dışında bilgi edinilmesi mümkün olmadığı düşünüldüğünde edinilmesi mümkün olmayan bilginin aktarılması ya da talebi de mümkün değildir.

Kişinin, TİB Başkanlığından istenecek bilgisinin aktarılmasından haberdar edilme keyfiyetine ilişkin bir açıklık olmadığı yönündeki gerekçeye de katılmamıştır. Kullanıcının elektronik ortama girdiğinde nelerle karşılaşabileceği yasada açıkça yazdığına göre kendisi için sürpriz olmayacak bu hukuki açıklık karşısında somutta haberdar edilme mutlak bir zorunluluk olmaktan çıkmaktadır. Kaldı ki Yasa'nın 3. maddesinde bildirim yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği de açıklamış bu hükmün Anayasa'ya aykırılık iddiası da Mahkememizce reddedilmiştir.

YİNE Mahkememiz gerekçesinde, Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızası ile işlenebilir kuralı karşısında iptali istenen düzenlemede, kanunda öngörülen hallerin neler olduğu 5651 sayılı Yasa'da açıkça belirtilmediği ifade edilmiş ise de, TİB Başkanlığının Yasa'nın 4. maddesinin Ek 3. fıkrasında, bu kanun ve diğer kanunlarda verilen görevlerin ifası kapsamında talep edeceği bilgiler hakkında gerektiğinde tedbir almakla yetkili olduğu düşünüldüğünde tedbir yani varsayılan hakkın kullanımına gelen sınırlama ya da yegane müdahale nedenlerinin (yani kanunda öngörülen haller) neler olduğu Yasa'nın 8. maddesinde açıklanmaktadır.

Bir koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi, yani tedbir kararına neden ihtiyaç duyulacağı, kanunun birinci maddesinde yer alan amaç bölümü ve genel gerekçesi ile birlikte ve bir bütün olarak incelendiğinde ve internetin güvenli kullanımının sağlanması, kanun kapsamına giren suçlarla mücadele, kolluk ve soruşturma mercilerine yardım olarak açıklandığı düşünüldüğünde, TİB'e verilen yetkinin öngörülmemiş ve meşru amaç zemini dışında, ölçüsüz olduğunu söylemeye imkan bulunmamaktadır.

Bu anlamda TİB'e verilen tedbir alma yetkisinin esasları belirli, çerçevesi çizilmiş, bağlı bir yetki olduğu düşünüldüğünde bunun yetki devri niteliği bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası hükmü de gözetildiğinde kural Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür tutar

itibariyle tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,...” hükmü yer almakta ve iptali istenmektedir.

Kurala göre, vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge getirmeyen mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretler verilmeyecek, dolayısıyla mükellef bu zorunluluğa uymadığı için ticaret yapamayacaktır.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyeti ile sahip olduğu özel teşebbüs kurma serbestiyesine sahip olduğu, devletinde özel teşebbüsleri güvenli ve kararlılık içerisinde sosyal amaçlarına uygun çalışmasını temin edecek tedbirler almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Madde de ayrıca bir sınırlama sebebi de sayılmamaktadır.

Kural ile gelen müdahale, özel teşebbüsün çalışma hakkını zedelemekten öte ortadan kaldırmakta, zaten devlete bir borcu olan mükellefi ödemeye zorlamadan öte, ticaret yapmaktan, kazanmaktan, maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirme ve koruma haklarından yoksun bırakmaktadır.

Çağdaş demokrasiler, demokratik hukuk devletlerinde hak ve özgürlüklerin EN GENİŞ şekilde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler ise, haklara müdahale eden kuralların anılan nitelermeye uygun biçimde dar yorumundan kaçınarak değerlendirilmesi gerekir. Hukuk devletinden, hak ve özgürlükleri koruması her alanda güçlenerek, adaletli bir düzen sağlaması, hakka saygılı, hakkın elde edilmesini kolaylaştıran önündeki engelleri kaldıran, mutluluğu amaç edinen hakkaniyetli, müdahale eden kural içeriğinin, bireyin davranış direncine izin verecek ölçekte olması beklendiğinde, kamu yararı ile birey hakları arasında adil bir dengenin de gözetilmiş olması zorunludur.

Ancak kural kendinden olmasa da, hakkın doğasından gelen bir sınırlama sebebi ile müdahale edilebilen bir alan içerisine alındığında ise, müdahale hakkın kullanılmasına mutlak engel teşkil etmemelidir. Demokratik toplum düzeninde özgürlükler asıl, sınırlamalar istisnadır. Hakkın özüne dokunma yasağının ölçüğü de Anayasa'nın ruh ve sözüne, insan hakkına saygıya dayalı ölçülülük ilkesidir.

Maliye Bakanlığına kural ile getirilen yetki, devlete borçlu olana ticaret yaptırmama yasağıdır. Mükellefin devlete olan vergi borcunu, kamu alacağının görece üstünlüğü karşısında güvence altına almak kaygısıyla, tahsilatı hızlandırmaya yönelik meşru bir amacı olduğu kabul edilse bile, anılan müdahalede amaca erişmek için lüzumlu sınır aşılmalı, yani daha hafif bir önlemle amaca erişmek etkili olacak iken iptali istenen kuralda bu yönde bir yol seçilmemiş olması ölçülülüğün gereklilik ilkesini karşılamamaktadır.

Kaldı ki, makul ve dengeli olmayan müdahalenin, mükellefin ticaret hayatını bitiren, yaşam kalitesini engelleyen sonuçlar doğuracağı da düşünüldüğünde orantılı olduğu da söylenemeyecektir.

Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belirli bir özgürlüğün ortadan kaldırılması düzeyine vardiırılması gerekir. Pekala, vergi borçlusunun borcunu tahsil etmede sayısız kamu gücü üstünlüğü sağlayan yollar ve usuller mevcut olup, geçici süre, sayısal sınırlamalar, tekerrür hallerine yönelik değişik yaptırım türleri gibi amaca

erişmeye yönelik hakkın özünü zedelemeyen önlemler mevcut iken doğrudan hakkın kullanımını ortadan kaldıran iptali istenen kural, demokratik düzenin gerekli kıldığından fazla ve ulaşılmak istenen amaçtan ötedir.

Kuralda yer alan, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını, tür ve tutar itibariyle tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ilişkin bölüme ilişkin olarak kuralın geri kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiğini tarafımdan düşündüğünde, uygulama alanı kalmayacak bu bölüm yönünden de 6216 sayılı Yasa'nın 43. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca iptal edilmesi gerekeceği düşüncesi oluşacaktır.

Yukarıda anlatılan nedenler ile kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu nedenleri ile çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

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

KARŞIOY YAZISI

1. 6518 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (6) numaralı bendinde Maliye Bakanlığının vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı, elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, "mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibariyle tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına" ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olacağı öngörülmektedir. Kuralın Anayasa'ya uygunluğu iki bölüm halinde denetlenmiş olmakla birlikte cümlenin tümü için geçerli olan karşı görüşümüz aşağıda açıklanmıştır.

2. İptali istenen kural uyarınca Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığını belge ile kanıtlayamayan kişilere, yasada sayılan özel etiket ve işaretler verilmeyecektir. Buna göre, yaptıkları ticaret icabı bu özel işaret ve etiketleri temin etmek, aksi takdirde idari veya cezai yaptırımlarla karşılaşmak zorunda bulunan kişilerin Maliye'ye borçlarını ödemedikleri müddetçe ticaretlerini sürdürmeleri mümkün olamayacaktır.

3. Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir" denilmiş; bu hürriyetler için herhangi bir sınırlama nedeni de öngörülmemiştir.

4. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

5. Öte yandan, Anayasa'nın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülme- yen hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu- na tereddüt yoktur. Bu haklar, diğer Anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılabilir. Bu kapsamda, her ne kadar vergiyi bir vatandaşlık ödevi olarak kabul eden Anayasa'nın 73. maddesinin, bu ödevin yerine getirilmesi amacıyla serbestçe ticaret yapma hakkına bir sınırlama getirdiği öne sürülebilirse de bu sınırlamanın yine Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelere göre demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü olması gerekir.

6. Kanunlarda, vergi borçlarının ve diğer amme alacaklarının tahsili için özel yöntemler ve gecikme halinde uygulanacak yüksek faizler öngörülmüş, diğer taraftan uzlaşma, erteleme, taksitlendirme gibi kolaylıklar da gözetilmiştir. Vergi tahsilatının amacının, mükellefi mali yönden çöktürmek pahasına da olsa her türlü zorlayıcı yöntemi kullanarak vergiyi süratle almak olmadığı, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan Maliye'ye düzenli vergi geliri sağlanması ile çalışanların ve müteşebbislerin rahatça işlerini sürdürebilmeleri ihtiyacı arasında adil bir dengenin kurulması gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete verilen görevler de bunu gerektirmektedir. Bu nedenledir ki mükelleflerin çok ağır gelen vergilerini ödemekte geciktikleri ve artan borçları defaten kapatma imkanını kaybettikleri ve bu durumun genel bir soruna dönüştüğü hallerde yasa koyucu müteaddit defalar, özel yasalarla vergi affı, erteleme, taksitlendirme gibi kolaylıklar sağlamıştır.

7. İptali istenen kural, çeşitli nedenlerle vergi borcu bulunan ve ticaretlerini sürdürebilmek için yasada sayılan özel etiket ve işaretlere ihtiyacı bulunan kişilerin bu etiket ve işaretleri temin ettikten sonra elde edecekleri kazançları ile Maliye'ye borçlarını ödemesine de imkan bırakmamaktadır. Buna göre kişi, ihtiyaç duyduğu özel etiket ve işaretleri alamadığı için işine ara vermek zorunda kalabilecek, ancak mali durumu böylece daha da kötüleşeceğinden, vergi borçlarını ödemesi de güçleşecektir. Bu durumda kuralın, gözetilen amaca elverişli olduğu da söylenemez. Nitekim Anayasa Mahkemesinin Esas: 2007/4, Karar: 2007/81 sayılı kararında kişilerin vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkışlarının yasaklanmasına ilişkin yasa kuralının iptali gerekçeleri arasında, yurt dışına çıkışı yasaklamanın, vergi tahsilatını sağlamaya yeterli olmadığına da dikkat çekilerek, amaçla araç arasında ilişki bulunmadığı belirtilmiştir.

8. Vergi ve diğer amme alacaklarının tahsilatının hızlandırılması amacıyla çalışma özgürlüğüne bir müdahalede bulunan kuralın, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütleri karşıladığından söz edilemez.

9. Bu nedenle kuralın, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı madde ve fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, sözkonusu Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının 6. bendindeki değişikliklerin bir kısmının iptali talebinin reddine karar verilmiştir. Ancak aşağıda açıklanan nedenlerle belirtilen kısmın Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluk görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır:

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin iptali istenilen bölümün de bulunduğu birinci fıkrasının 6. bendi şöyledir:

Maliye Bakanlığı;

...

"6. (Ek: 3/7/2005 - 5398/23 md.; Değişik: 6/2/2014 - 6518/8 md.) Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin basımı, dağıtımı ile sistemin kurulması ve işletilmesi hizmetlerinin, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa tabi olmaksızın, süresi 5 yılı geçmemek üzere ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (5 inci maddesinin beşinci fıkrası hariç) hükümleri çerçevesinde; yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişiler tarafından yerine getirilmesine, bu hizmetlerde ve yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişilerde bulunması gereken özellikleri, yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişilerin faaliyetlerinin yönlendirilmesi, izlenmesi, denetlenmesi, yetkilendirmenin sonlandırılması ve bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye,"

Yetkilidir.

Hükümdeki "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına..." kısmının iptali istenmiştir.

Mahkememiz çoğunluğu, kuralı Anayasa'ya aykırı görmemiş, iptal talebini reddetmiştir.

İptali istenilen kuralın gerekçesinde konu ile ilgili olarak:

“213 sayılı Vergi Usul Kanununda değişiklik yapılması suretiyle, kayıt dışı ekonominin yüksek olduğu sektörlerde kayıp ve kaçak ile mücadele edilmesi amacıyla Bandrollü ürün İzleme Sisteminin getirilmesinin, söz konusu sistemin işletilmesinin ve sistem içindeki firmaların vergi borcunun daha etkin bir şekilde takibinin sağlanması amaçlanmıştır” denilmiştir.

Görüldüğü gibi, iptali istenen kısımlarla birlikte hüküm, Maliye Bakanlığına verilen bazı yetkileri düzenlemektedir. Maliye Bakanlığının; vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanılmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına yetkili olduğu belirtilmiştir.

Kuralın uygulanmasının bir sonucu olarak, vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge getirmeyen mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretler verilmeyecek, dolayısıyla mükellefler bu zorunluluğa uymadıkları için ticaret yapamayacaklardır. Kural uyarınca mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilebilmesi için vergi dairelerine vadesi geçmiş borçlarının bulunmaması gerekmektedir.

Kuralda, bu zorunluluk kapsamına girecek olan alacaklardan “*amme alacakları*” olarak bahsedilmiştir. 6183 sayılı Kanun’un 1. maddesinde, kamu alacağı, Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tabikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları olarak tanımlanmıştır.

Kurala göre Maliye Bakanlığı, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağını belirlemeye yetkilidir. Böylece, Maliye Bakanlığı hangi tutarın altında veya üstünde bulunan kamu alacaklarının bu kapsamda olduğunu belirleyebileceği gibi, kamu alacaklarından hangilerinin bu kapsamda bulunduğunu tespitte de yetkili kılınmıştır.

Ayrıca, 213 sayılı Kanun’un mükerrer 257. maddesi hükmüne uyulmaması halinde aynı Kanun’un mükerrer 355. maddesi uyarınca özel usulsüzlük cezası kesileceği kabul edilmiştir.

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

Anayasa’nın 48. maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*” denilmiştir. Birey bu özgürlüğünü kullanarak çalışmak için dilediği alanı ve işi seçebilir, gerekli

sözleşme ve işlemleri yapabilir. Devlet de, bireylerin bu özgürlüğünü kullanabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmalı ve tedbirleri almalıdır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve özüne dokunulmadan demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

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

İptali istenen kuralla Maliye Bakanlığına, vergi güvenliğini ve tahsilatını sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırma, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirme yetkisi verilmektedir. Mükelleflerin mali güçlerinin saptanması ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını sağlamak için kamu yararı amacıyla kanun koyucu gerektiğinde Maliye Bakanlığına da yetki verebilir, bu konuda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisini haizdir.

İptali istenilen kuralda ise, genel ve soyut olarak mükelleflere vergi dairelerine olan borçlarının bulunması halinde bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesi yasaklanmaktadır. Bu yasaklama ise mükelleflerin söz konusu özel işaretlerin verilmemesi sonucu ticaret yapmalarını engelleyici niteliktedir. Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma ve sözleşme hürriyetleri için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Maddede sınırlama nedenlerinin gösterilmemesi, kanun koyucunun çalışma özgürlüğünü sınırlandıracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir. Dava konusu kuralda öngörülen yasaklama, çalışma özgürlüğünün güvence alanının kanun koyucu tarafından daraltılması niteliğinde olduğundan Anayasa'nın 13. maddesi anlamında ölçsüz bir sınırlandırma niteliğindedir. Bu yasaklama ticaret yapmak isteyen kişilerin kamuya olan borçlarını ödmeden, sözkonusu bandrol, pul, barkod vd. bağlı olan ticari faaliyetlerini yapmalarını yasaklamaktadır. Söz konusu sınırlamanın, Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca ödev olarak belirlenen vergi borcu ile diğer kamu borçlarının ödenmesini sağlamak için meşru bir amaca yönelik olduğu söylenebilir. Ancak, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli kaynağın elde edilmesi için vergi ve diğer kamu alacaklarının takip ve tahsiline yönelik özel hukuki düzenlemeler, kolaylık ve hızlilik sağlanmasının doğal olduğu kabul edilmekle birlikte, bu konuda bireylerin hakları ve hukukun genel ilkelerinin de göz önünde bulundurulması hukuk devletinin bir gereğidir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri ve yine diğer kanunlarla getirilen, vergi cezaları ve gecikme faiz ve zammı uygulamaları göz önüne alındığında, mükelleflerin vergi borcunun ödenmesi ve kamu alacaklarının tahsili konusunda yasal düzenlemelerin bulunduğu, ayrıca bu alacakların niteliğine bağlı olarak, takip konusunda normal bir alacağa nazaran önemli bir takım ayrıcalıklar da tanıdığı görülmektedir.

İptali istenilen kuralda, Anayasa'nın 73. maddesinde vatandaşlık ödevi olarak belirlenen vergi yanında, kamu alacakları da yer almaktadır. Dava konusu kuralın, vergi borcu da dâhil, borcu olmadığına ilişkin belge getiremeyen mükelleflere Maliye Bakanlığının zorunlu tuttuğu bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmemesi sonucunu doğurduğu, bu durumun ise kişilerin çalışma özgürlüğünü zedeleyen bir etkisinin bulunduğu açıktır.

Çalışma ve sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamada, sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünün yahut daha somut haliyle ticaret yapmanın belirli konularda yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunduğu söylenmesi için ticaretin engellenmesi ile vergi alacağının tahsilinin zorluğu veya imkânsızlığı arasında makul bir tercih nedeninin bulunması gereği açıktır. Yasak, hiçbir şart öngörmeksizin, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve denge ortadan kalkar.

İptali istenilen kuralla, kamu alacaklarının tahsilinin sağlanmasının amaçlandığı bu yönüyle kamu yararını amaçladığı görülmektedir. Ancak, dava konusu kural olmasa dahi yukarıda belirtildiği üzere, 6183 sayılı Kanunla kamu alacaklarının tahsili için özel hükümler ve kolaylıklar zaten kabul edilmiştir. Ayrıca, ticaretini yapıp kazanç elde edemeyen kimselerin vergi borcunu ödemesi de kolay değildir. Bu açıdan, iptali istenen hükümlerin dolaylı olarak, kamu alacağının daha kolay tahsiline de bu açıdan engel olduğu da söylenebilir.

İptali istenen hüküm, vatandaşlık ödevi kapsamında bulunan vergi borcu ve bu kapsamda bulunmayan kamu alacakları yönünden ölçülü bir sınırlama olmadığı gibi, bu alacakların tahsili amacıyla mükelleflere kuralda belirtilen özel işaretlerin verilmemesinin Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü alanına yapılmış bir sınırlama olduğu, bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında demokratik bir toplum düzeni için gerekli olmadığı, bir an için gerekli olduğu kabul edilse bile ölçülülük ilkesine uygun olmadığı açıktır.

Nitekim benzer şekilde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun, 28.5.1988 günlü, 3463 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin birinci fıkrasındaki, *vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmeyeceğine* ilişkin kısmın iptali istenmiş; Anayasa Mahkemesinin 18.10.2007 tarihli, 2007/4 Esas, 2007/81 Karar sayılı kararıyla kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 23. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 213 sayılı Kanun'un mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin iptali istenilen "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına..." şeklindeki kısımlarının, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan Çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrası ve Kanun'un 88. maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a eklenen 5. maddenin (5) numaralı fıkrası ve Kanun'un 89. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (d) bendi Mahkememiz çoğunluğunca iptal edilmiştir.

2. İptal edilen kurallar internet platformunda içerik, yer ve erişim sağlayıcı olarak faaliyet gösterenlere getirilen yükümlülüklerle ilişkin bulunduğu iptali istenilen kuralların anlam ve kapsamının belirlenmesi bakımından öncelikle internetin anlam ve kapsamının irdelenmesi gerekmektedir.

3. İnternet 1969 yılında bir askeri proje olarak ortaya çıkmış, 1983 yılında sivil kullanıma açılmış ve 1990'lardan itibaren de küresel bir ağ haline gelmiştir.

4. Bilinen geleneksel iletişim türlerinden farklı olarak, iletişime çok büyük bir hız kazandırmış, farklı kesimlerce üretilen etkileşimli multimedya içeriklerinin, dünyanın herhangi bir yerinden sayısız başka yerlerine saniyeler içerisinde ulaşılabilmesini sağlamıştır. Bilginin çok daha hızlı ve ucuz bir şekilde yayılmasına olanak sağladığı için de, toplumların geleneksel, ekonomik, siyasal kültürel yapılarını etkilemiş, böylece köklü değişim ve dönüşümlerin önünü açmış, yönetimden siyasete, ekonomiden hukuka, aileden arkadaşlık ilişkilerine, insanların tutum, davranış ve alışkanlıklarında önemli değişimlere sebep olmuştur. Bu değişim ve dönüşümler de işin doğası gereği yeni yönetsel ve hukuksal sorunları ortaya çıkarmıştır.

5. İnternet uygulamasında "ulusal sınır" gerçeğinin olmaması nedeniyle, dünyanın herhangi bir yerinde herhangi biri tarafından üretilen içerikler serbestçe yayına konulup dünya genelinde milyonlarca kişiye ulaşabilmektedir. Buradaki "ulusal sınır"sızlık ile internetin teknik alt yapısı ve yayılmış ağ yapısı ve paylaşım ve erişim kolaylığı da, internete bağlanabilen her kişinin, istemesi halinde yasa dışı içerik oluşturup, bu içerikleri çok hızlı bir şekilde dünyanın dört bir yanına yaymasına, gerçek kimliğini gizleyebilmesine olanak sağlamaktadır. Ayrıca, internet platformu herhangi bir doğrulama mekanizması barındırmadığından, iletişim, bilgi edinme, paylaşım ve eğlence gibi iyi ve zararsız amaçlarla kullanılmasının yanında, sahte isim ve hesaplarla yasa dışı içerik oluşturup paylaşılma amacıyla da kullanılabilir. Bu da suç ve suçlulara kendilerini kolayca gizleyerek yasa dışı iş ve eylemleri hayata geçirebilmelerine fırsat vermektedir. Yani, bir kısım terör ve suç örgütleri bir kısım faaliyetlerini internet ortamına taşıyabilmekte, siber saldırılar yanında ülkelerin milli güvenlik ve kamu düzenlerini yok etmeyi hedef alan içeriklerini çok kısa zamanda çok geniş kitlelere ulaştırabilmektedirler. Ayrıca başka bir kısım içeriklerle de mahremiyet ihlallerine, bilgi hırsızlığına, telif hakları ihlallerine, özel hayatın gizliliğinin ortadan kaldırılmasına, dolandırıcılığa, kişilik haklarına saldırılara, bahis, kumar, fuhuş, çocukların cinsel istismarı, pornografi, intihar ve uyuşturucuya yönlendirme, siber zorbalık, şiddet, ırkçılık, ayrımcılık ve nefret söylemi gibi yasalara aykırı veya zararlı kabul edilen bir takım durumların geniş kitlelerin önüne getirilmesine, onların etkilenimlerine, böylece de sosyal dokunun zedelenmesine, ahlaki yapının bozulmasına ve hukuksal sorunların çıkmasına neden olabilmektedir.

6. Belirtildiği üzere internetin diğer kitle iletişim araçlarından farklı olan ve yukarıda sözü edilen doğası ve özellikleri, çok boyutlu, çok aktörlü dinamik ve dağıtık yapısı, tekniği, işleyiş biçimi, alt yapısı ve “ulusal sınırlar”sızlık/uluslararası niteliği, suç yeri ve zamanı ve suçlu yönünden kendine has özellikler sergilemekte, bu da internet platformunun düzenlenmesini ve bu alana ilişkin bazı sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk, internetin kendine özgü yapısından ve teknik özelliklerinden kaynaklanan bir zorunluluk olmasına rağmen, ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim özgürlüğü bağlamında, bilgi ve düşüncenin serbest dolaşımına engel olacağı kanaatiyle, internetin düzenlenmesinde erişimin engellenmesi gibi bir takım yaptırımlar uygulanması ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır.

7. Getirilen tüm eleştirilere karşın, toplumun, özellikle de çocukların korunmasının, bilgi güvenliğinin sağlanmasının, suç oluşumunun önlenmesinin, suç oluştuktan sonraki süreçte yapılacak araştırma ve incelemelere olanak sağlanmasının, suçlu ve sorumluların ortaya çıkmasının vazgeçilemez bir zorunluluk olması nedeniyle, gerçek hayatta kurulan sistemin internet ortamında (sanal ortamda) da kurulması gerektiği söylenmektedir.

8. Mukayeseli hukuk açısından başka ülkelere bakıldığında da, toplumun tümünün ve özellikle de çocuklar ile gençlerin ve ailelerin bu alandaki risk ve tehlikelere karşı korunması amacıyla internetin güvenli kullanımının sağlanmasına yönelik tedbirler alındığı, internetle ilgili strateji ve politikalar geliştirildiği, farklı biçimlerde de olsa giderek artan bir oranda internetle ilgili müdahaleler içeren uygulamalara gidildiğinin görüldüğü belirtilmektedir¹.

9. Öte yandan ülkeler bazında içerik düzenlemesi için farklı yaklaşımlar sergileniyor olsa da, hem yöntem hem de düzenlemeye konu içeriklerin türleri konusunda bir uzlaşma sağlandığı, bu kapsamda, içerik düzenlemelerinde uyar - kaldır (notice and takedown - NTD) yönteminin benimsendiği ve internetin güvenli kullanımı konusunda bilinçlendirme çalışmalarının yapılmasının, telif hakkı ihlalleri, çocukların cinsel istismarı, ırkçılık, ayrımcılık, nefret ve şiddet uyandıran içerikler ile ekstrem pornografi içerikleri konusunda her bir ülkenin kendisinin düzenlemeler yapabileceğinin, sektöre ilişkin uluslararası arenada genel bir kabul gördüğü ifade edilmektedir.

10. Bununla birlikte, hızlı gelişen teknoloji ile birlikte, içeriğin düzenlenmesinde kullanılan yöntemleri aşmaya yönelik alternatif yöntemlerin de sürekli olarak geliştiği de ifade edilmekte, bunun da internetin düzenlenmesi hususunu daha da karmaşık hale getirdiği, bu sebeple, ihtiyaçlara tam olarak cevap veren bir yasal mevzuatın var olmasının yanında, içeriğin düzenlenmesinde etkin bir şekilde kullanılacak farklı yöntemlere sahip olmanın ve dinamik bir idari yapı oluşturmanın gerekliliği vurgulanmaktadır.

¹ Bu düzenlemeler yapılırken bireylerin internetin sunduğu engin fırsat ve imkanlardan en yaygın ve etkin biçimde yararlanmalarına olanak sağlanması ile vatandaşların ve toplumun internet ortamının meydana getirdiği/getireceği risk ve tehlikelerden korunması arasında, makul, adil kabul edilebilir bir dengenin gözetilmesi diğer bir deyişle özgürlük ile güvenlik arasında dengeli hukuki düzenlemelerin yapılması gerekeceği tabiidir.

11. Bir taraftan belirtilen bu durumlar söz konusu iken, diğer taraftan internetin doğası (“ulusal sınırsızlık” özelliği) gereğince ulus devletler için internetin denetim ve kontrolünde başka bir takım zorlukların da bulunduğu, bu zorlukların en önemlilerinden birisinin internetin, devletin klasik ulusal egemenlik anlayışına meydan okuyan karmaşık, dağıtık, çok değişkenli, dinamik ve sınır tanımayan küresel yapısı olduğu, devletlerin ülke sınırları içerisinde hukuk kuralı koyma ve bunu uygulama meşruiyetlerini esas alan klasik ulusal egemenlik yaklaşımlarına dayalı mevzuatın, ulusal sınır tanımayan bu teknoloji karşısında çoğu zaman sıkıntılar yaşar hale geldiği belirtilmektedir.

12. Diğer yandan da, konunun bilimsel otoritelerine göre yaygınlaşan ve etkinleşen internetin sosyal, siyasal ve ekonomik hayatı yönlendiren etkili bir araç olduğunun iyice ortaya çıkmasıyla birlikte² devletler, internet üzerindeki etkilerini ve etkinliklerini hem ulusal, hem de uluslararası düzeyde artırmanın gayreti içine girmişler; internetteki (e-) ticaretin milyarlarca dolarlık hacme ulaşması, alan adlarının değerlendirilmesi, çeşitli telif hakkı ihlallerine yol açılması, internet üzerinden veri iletişiminin ulusal güvenliğin bir parçası olarak görülmesi ve zararlı içeriğin denetlenmesi gibi nedenlerle alan adları ve IP adreslerinin yönetimi (internet üzerinde söz sahibi olma, alan adları ile IP numaralandırma politikalarını belirleme ve kontrol etme) sadece devletlerle özel sektör arasında değil, devletler arasında da bir menfaat ve bir anlamda da ideolojik bir sorun alanı haline gelmiş bulunmaktadır. Yine aynı otoritelere göre, siber uzayın mimarisi bu teknolojileri geliştiren ve üreten devletlerin politikaları doğrultusunda şekillenmekte, dolayısıyla bu alanın sınırları ve kuralları büyük oranda, bu alanda teknoloji üreten ülkelerin özel ve kamusal güçleri tarafından belirlenmektedir.

13. Durum böyle olmakla birlikte, internet trafiğinin, farklı ülkeleri saniyeler içerisinde geçerek akması, böylesine karmaşık bir yapı içerisinde belli bir noktadaki bir sorunun, dünyanın uzak başka bir noktasındaki internet trafiğini olumsuz yönde etkileyebilmesi, web sitelerini barındıran sunucuların dünyanın her tarafına yayılmış durumda olması, genel veya bölgesel internet noktalarının kontrol ve bakımına ihtiyaç duyması, hat sayılarının artırılması ve böylece internetin işlerliğinin devamının sağlanması

2 Günümüz itibarıyla dünya genelindeki internet kullanıcı sayısının 3 milyar 346 milyona, ülkemiz de ise 47 milyona ulaştığı, ülkemizdeki internet kullanıcılarının “video izleme” eyleminde %93,6’lık oranla dünya 1. si ; %70’lik oranla “spor sitelerini ziyaret” eyleminde de Avrupa 1.si oldukları; günde ortalama 4,9 saat kişisel bilgisayarları üzerinden, 1,9 saat mobil cihazlar aracılığıyla internet ortamında buldukları (Global Dijital Statistics 2014) ; sosyal medyada geçirilen günlük ortalama sürenin 2,5 saat olduğu, %94’ünün en az bir sosyal paylaşım ve iletişim platformunda sayfasının bulunduğu, bu oranın çocuk internet kullanıcılarında %85 olduğu ve bu çocukların %42’sinin sosyal paylaşım sitesindeki hesaplarını kendi kişisel bilgilerinin herkes tarafından görülebileceği “herkese açık” seçeneği ile kullandıkları (Avrupa Çevrimiçi Çocuklar Araştırma Projesi Türkiye Sonuçları 2010) belirtilmektedir. Yine günümüz itibarıyla internet ortamında dünya genelinde yaklaşık 950 milyon alan adı, 750 milyon web sitesi ki bunun yaklaşık 1 milyon 300 bininin yerli web sitesi 45 milyar web sayfası olduğu, sosyal paylaşım platformlarının birisinde bir saatte yaklaşık 350 milyon fotoğraf paylaşılırken, bir başkasında bir günde yaklaşık 1 milyar video izlendiği ifade edilmektedir.

amacıyla tüm devletlerin aktif katılımının, uluslararası iş birliğinin ve koordinasyonun sağlanması gerektiğine işaret edilmektedir.

14. Ayrıca, internet ortamının fiziki bir coğrafya ile sınırlı olmaması durumuna bağlı olarak, internet üzerinden işlenen suçlarla mücadelenin, gerçek sorumlu veya suçluları bulup cezalandırmanın ulusal mevzuata göre gerçekleştirilmesinin her zaman mümkün olmaması nedeniyle, sözkonusu sanal ortamın zararlı etkilerinden korunmak ve “serbest suç işleme bölgeleri”nin oluşumunu engellemek amacıyla da uluslararası iş birliğinin ve her ülke için geçerli olacak yeknesak ortak kurallar oluşturmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir.

15. İptal edilen kuralların anlam ve kapsamına ve kurallara ilişkin anayasal değerlendirmeye gelince:

16. Kanun’un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında içerik sağlayıcılar, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının (TİB) bu kanun ve diğer kanunlarla kendisine verilen görevlerin ifası kapsamında talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü tutulurken, 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer ve erişim sağlayıcılar TİB’in talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlık tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlü tutulmuşlardır.

17. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar 4. maddenin (3) numaralı fıkrasında yer alan “Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında” ibaresi, 5. maddenin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer almamış ise de, konunun doğası gereğince, bu ibarenin 5 ve 6. maddelerin iptal edilen kuralları içinde geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir.

18. Öte yandan, iptal edilen düzenlemelerde TİB tarafından talep edilecek bilginin niteliği belirtilmemiş ise de, ilgili mevzuat bir bütün olarak incelenip değerlendirildiğinde, iptal edilen kurallar uyarınca, içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından TİB’e verilmesi öngörülen bilgilerin kişisel veri kapsamında olduğu ve bu bilgilerin en basit şekliyle bir yerden başka bir yere aktarılması sağlandığından da kişisel verilere bir müdahalenin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

19. Kurallar, Mahkememiz çoğunluğunca, özetle, Anayasa’da yer alan güvenceye rağmen, kişilere ait her türlü kişisel veri, bilgi ve belgelerin, konu, amaç ve kapsam sınırlaması olmaksızın koşulsuz olarak TİB’e verilmesine imkân tanıdığı, böylece kişilerin idareye karşı korumasız hale getirildiği, dolayısıyla da kişilerin özel ve aile hayatının gizliliğini ölçüsüzce sınırladığı, TİB’e, çerçevesi çizilmemiş, esasları belirlenmemiş bir alanda hiçbir sınırlamaya bağlı olmaksızın geniş yetkiler tanıdığı, bunun da yasama yetkisinin devri niteliği taşıdığı gerekçesiyle iptal edilmiş bulunmaktadır.

20. Çoğunluk görüşüne dayalı iptal kararında Anayasa’nın 13 ve 20. maddelerinin anlam ve kapsamına, özel hayatın gizliliği ve korunması özgürlüğünün kullanılmasına ve temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek olan sınırlamalara ilişkin genel açıklamalara tarafımızca da aynen katılmaktadır.

21. Çoğunluk görüşünden ayrıldığımız husus, iptal edilen kuralların anlam ve kapsamı ile kurallarla TİB’e müdahale imkanı verilen kişisel verilerin niteliği ve internetin anlam ve kapsamı dikkate alındığında bu verilere yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığı

noktasındadır.

22. İptal edilen düzenlemelerde TİB tarafından talep edilecek bilginin niteliği belirtilmemiş olsa da, ilgili mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde, söz konusu kurallar uyarınca TİB'in içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan, kendiliğinden, genel, sürekli, düzenli ve periyodik olarak bilgi talep etmeyeceği, yalnızca ya yasal görevlerinin ifası kapsamında kendiliğinden, yahut tekil olay ve konularla ilgili olarak başka kurumların talebi üzerine bu yola başvuracağı ve bu kapsamda içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan;

- 5651 sayılı Kanununun 8. maddesinin altıncı fıkrası ile 8/A maddesinin dördüncü fıkrasının TİB'e yüklediği, suçla ilgili internet içeriklerini oluşturan ve yayıncılar hakkında, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunma görevinin ifası için, ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan, suç duyurusunda kullanılmak üzere Cumhuriyet Başsavcılıklarına gerekli olan (IP adresi, kullanıcı ve iletişim bilgisi, hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı gibi) bilgileri,

- Suçu ve suçluyu tespite yönelik olarak Cumhuriyet Savcılıklarından gelen taleplerin karşılanmasına ilişkin bilgileri,

isteyebileceği,

- Yasadışı içeriklerin kullanımdan kaldırılmasını teminen, içerik sağlayıcılara uyar-kaldır yöntemiyle bildirimlerde bulunabileceği,

- Kullanımdaki internet hizmetinin daha güvenli ve kaliteli olması bakımından, içerik, yer ve erişim sağlayıcılarca alınması gereken önlemlerin belirlenmesi bağlamında bildirimlerde bulunabileceği,

- Siber saldırıların tespiti ve önlenmesi bağlamında içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan bazı tedbirleri almalarını isteyebileceği,

sonucuna varılmaktadır.

23. Ayrıca, internet trafik bilgilerinin ilgili mevzuat uyarınca ancak mahkeme kararı ile alınabileceği, bu tür trafik bilgilerinin TİB'e uğramaksızın, işletmeciden alınıp doğrudan ilgili mahkemeye gönderildiği, TİB'in bu konuda, mahkemeden gelen talepleri işletmeciye iletme, işletmeciden gelen bilgiyi de doğrudan mahkemeye iletme dışında bir işlev ifa etmediği gözetildiğinde de, iptal edilen kurallar kapsamında istenebilecek bilgilerin trafik bilgisi niteliğinde bilgiler olmadığı da anlaşılmaktadır.

24. Bu bakımdan, TİB'in temin ettiği bilgilerin, ancak 5651 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirlenen görevler kapsamında ve diğer yasaların belirlediği yetkiler çerçevesinde ilgili mercilerle koordinasyon kapsamında verilebileceği, bunların gelişigüzel başka kurum ve kişilerle paylaşılmasının veya başka amaçlarla depolanıp kullanılmasının yasal olarak mümkün olmadığı, aksi durumun ilgililerin sorumluluklarını doğuracağına duraksama bulunmamaktadır.

25. 5651 sayılı Kanun'un iptal edilen hükümleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili düzenlemelerini birlikte gözetildiğinde, TİB'in kanunu icra noktasında içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan isteyeceği bilginin kapsamının ve getirebileceği yükümlülüklerin çerçevesinin belirlenmediği, bilgi talep etme yetkisinin

kapsamının kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli teminatlar sağlanarak sınırlandırılmadığı ve kişilere neler olduğu belirlenemeyen yükümlülükler yüklediği de söylenemez.

26. Ayrıca yine yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığı üzere, internet platformu, olumlu ya da olumsuz her türlü bilgi ya da bilgi niteliği taşımayan içeriğin, zararlı ve suç niteliğindeki uygulamaların yer aldığı, internet kullanan hemen herkesin kişisel verilerinin, bilinen ya da bilinmeyen bir çok yerde kaydedildiği ve istenildiğinde ilgili internet aktörlerince çeşitli amaçlarla kullanılabilirdiği çok geniş bir alandan oluşmaktadır ve bu platform, fiziksel ortamdaki suçların izlerini ülkesel sınırları tanımadan çok süratli bir şekilde sanal ortamda dolaştırmaktadır. Böyle bir dünyada suç ve suçlularla mücadele, ahlakın ve sağlığın korunması, özellikle çocuk haklarının korunması büyük bir önem arz etmektedir.

27. Durum böyle olunca da, kamu düzenini sağlama, suç ve suçlularla mücadele etme, toplumun huzur ve refahı, temel hak ve özgürlükleri koruma görevleri bulunan ve Anayasa’da belirlenen ilkeler ve meşru amaçlar çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı uygulamaları her türlü denetime açık olan devletin, sanal ortamdaki suçlarla mücadele etme sürecinde görevlendirdiği kurumuna “internet yayınlarının düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi amacıyla koordinasyon, önleme, yayın engelleme, internet yayın kalitesini denetleme, filtreleme ve bloke etme sistemlerini geliştirme, izleme, siber saldırılara karşı önlem alma” gibi yetkiler verirken, ilgili işletmelerden bilgi alma ve tedbir talep etme yetkisinin çok sınırlı bir şekilde verilmesi gerektiğini söylemek tutarlı bir uygulama olarak değerlendirilememektedir.

28. Kaldı ki internetin anlam ve kapsamına ilişkin olarak yukarıda yapılan anlatımlara göre, kişisel veriler internet platformuna girdiği andan itibaren, kişilerin münhasır özel alanından çıkmaktadır. Söz konusu veriler, internet kullanımında kendisinden yararlanan yer sağlayıcı, içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı, yönlendirici (router), internet değişim noktası (internet exchange point), veri merkezleri gibi bir dizi ortakla paylaşılmaktadır. Bu kapsamda “gizlilik kuralları” paydaşlar arasında onaylanmakta, fakat internet hizmetinden yararlanmak isteyen kişinin gizlilik anlaşmasını onaylama iradesinin özgürlüğü sorgulanamamaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde sanal ortamdaki kişisel bilgilerin ve verilerin devletin bir kurumunda toplanması ile özel hayata ölçüsüzce müdahalede bulunduğu kabul edilmesi, sanal dünyanın gerçekliği ile bağdaşmamaktadır.

29. Bu itibarla, iptal edilen kurallarla yapılan müdahalenin, hem kişilerin kendi yararları açısından, hem de toplum ve ailenin korunması bakımından gerekli ve ölçülü olduğu, düzenlemelerde Anayasa’nın 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

30. Açıklanan nedenlerle iptale ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Davada, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin “*Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.*” hükmünü içeren (9) numaralı fıkrasının iptali istenilmiş, Mahkememiz çoğunluğunca “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş, fıkranın kalan bölümüne ilişkin iptal istemi ise oybirliği ile reddedilmiştir.

2. “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin iptaline ilişkin kararda, kuralın, hâkimin 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin “*aynı mahiyetteki yayınların*” başka internet adreslerinde yayımlanması ve ilgili kişinin de Birliğe başvurması durumunda, bunun tespitini Birliğe bıraktığı, aynı mahiyetin tespitinin, yayının aynı olmasından farklı olduğu, “*Aynı mahiyetteki yayınlar*”ın, hâkimin vermiş olduğu erişimin engellenmesine kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayın ile aynı olmayan ancak yönelmiş sonuç bakımından ilgilinin kişilik hakkını ihlal eder mahiyette olan yayınlar olduğu, kişilik hakkının kapsamının ve hangi eylemlerin kişilik hakkını ihlal ettiği, ilgili tarafların toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuki konuları, söz konusu yayının ulaştığı kitle ve bu yayının ifade özgürlüğü kapsamında bulunup bulunmadığı gibi birçok hukuki konunun değerlendirilmesini ve buna göre karar verilmesini gerektirdiği, kuralla verilen yetkinin, kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamadığı, bu itibarla da kuralın, “*aynı mahiyetteki yayınlar*” yönünden belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığı; ayrıca, Birlik tarafından, kişilik hakkının ihlaline ilişkin aynı mahiyetteki yayınların başka internet sitesinde yayımlanması halinde bu siteler hakkında da erişimin engellenmesi kararının uygulanmasının, bu sitelerden yararlanmayı engellemesi nedeniyle ifade özgürlüğünü de ölçsüzce sınırlandırdığı gerekçesine dayanılmıştır.

3. Öncelikle belirtmek gerekir ki kuralda sözü edilen birlik, özel hukuk tüzel kişisi olarak Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere, Kanun'un 6/A maddesi ile kurulmuş **Erişim Sağlayıcıları Birliği'dir**. Birliğin asıl görevi, Kanun'un 8. maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşan ve bunlar arasındaki koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Birliğe üye olmayan erişim sağlayıcıları faaliyette bulunamamaktadırlar.

4. Mahkememiz çoğunluğunca “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin iptaline karar verilen Kanun'un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında, hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararının internet ortamında uygulanması düzenlenmiştir. Fıkroda, hâkimin söz konusu 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi halinde mevcut kararın bu adresler için de uygulanacağı öngörülmektedir. Fıkranın “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin dışında kalan kısmında Mahkememiz

çoğunluğunca da anayasal bir sorun görülmediğinden ve tarafımızca da aynı görüş paylaşıldığından bu kısma ilişkin olarak burada bir değerlendirme yapılmayacaktır.

5. Kuralla ilgili değerlendirmeye geçmeden önce, ilgisi nedeniyle öncelikle internetle ilgili kısa bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Buna göre, anlam ve kapsamı bir önceki (5651 sayılı Kanun'un 4. maddesinin, 3 ve 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendine ilişkin) karşı oyumuzda ayrıntılı olarak anlatılan internetin, modern demokrasilerde, başta ifade özgürlüğü olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunduğu, medya içeriği oluşturmak, yayımlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklinde işleyen bir medya kanalı olduğunda, sağladığı sosyal medya zemininin, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilemez nitelikte olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle de kanaatimizce teşvik edilmesi, geliştirilmesi gereken bir alandır. Ancak, aynı platformun kimi zaman kimilerince manipülasyon amaçlı ve iftira niteliğinde üretilen yanlış bilgi ve yalanların saniyeler içerisinde mekân engeline takılmadan dünyanın dört bir yanına yayılmasına olanak sağladığı, böylelikle de kimi kişiler hakkında telafisi imkansız zararların oluşmasına neden olabilecek şekilde kullanılabilirdiği de unutulmamalıdır.

6. *“...veya aynı mahiyetteki yayınların...”* ibaresine gelince:

7. Farklı kişilerle ilgili hazırlanmış aynı mahiyetteki içeriklerle veya aynı kişiyle ilgili hazırlanmış farklı bir içerikle ilgili yeniden hâkim kararı alınmaksızın erişimin engellenmesi uygulamasının Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne verilmesinin, Birliğe yargı yetkisi verme niteliğinde olacağına şüphe yoktur. Bu nedenle, kanaatimizce “aynı mahiyetteki yayınlar” ibaresinden, daha önce hâkim denetiminden ve hukuki değerlendirmesinden geçmiş bir içeriğin değişik versiyonlarının anlaşılması gerekmektedir.

8. İnternet dünyasının genişliği, kullanıcı yoğunluğu, kullanıcı profiline çeşitliliği, takip ve denetiminin zorluğu, fiziki ortamda saatler sürebilecek doğru bilgi ya da manipülasyon amaçlı ve iftira niteliğindeki yanlış bilgi ve yalan akışının internette saniyeler içerisinde mekân engeline takılmadan sağlanabildiği gerçeği ile bu gerçeklik ortamında suç ve suçlularla mücadelede sağlanılmak zorunda olunan başarı birlikte düşünüldüğünde, iptal istemine konu fıkrada belirtilen nitelikteki yayınlar hakkında da öncelikle yargısal sürecin işletilmesi gerektiğinin söylenmesi, yargısal denetimin sonuçlanmasına ilişkin süreyi göz ardı edilmemesi gereken bir durum olarak ortaya çıkarmaktadır. Zira, hızlı bir şekilde karar alınıp bu kararın uygulanmasını gerektiren kimi durumlarda sürecin işleyişinin yavaşlaması/yavaşlatılması, hukuka aykırı içerikten zarar gören kişilerin haklarının telafisi imkansız ve ağır bir biçimde zedelenmesine de yol açabilecektir.

9. Öte yandan daha önce yargı denetimine konu olmuş bir içerikle ilgili küçük değişiklikler yapılarak internetin farklı adreslerine servis edilen yayınların her biri hakkında hâkim kararı aranması, internet dünyasındaki suç ve suçlularla mücadeleyi oldukça zorlaştıracaktır. Birliğin, yargı denetimi sonrası erişimin engellenmesi kararına konu içerikle aynı olan yayınları tespit edip tedbir uygulaması kabul edilirken, kişi ve konu birliği aynı mahiyette olanları tespit edemeyeceğinin düşünülmesi izahı zor bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki iptale konu düzenleme olmasa bile, hâkim kararı ile erişimi engellenen yayınlara ilgili kişi ve konu birliği bulunmak şartıyla, Birlik tarafından diğer internet adresleri hakkında tedbir yetkisinin kabul edilmesi, usul ekonomisi, yargı kararlarının etkililiği ve verimliliği açısından bir zorunluluk olarak da görülebilir.

10. Ayrıca “aynı mahiyetteki yayınlar” hakkındaki erişimin engellenmesi kararının itiraz üzerine yargı denetimine tabi tutulmasına bir engel bulunmaması, Birlik tarafından verilen tedbir kararının koşullarının oluşmadığı kanaatine varılması veya ölçüsüz bulunması durumunda kaldırılabilceği dikkate alındığında, kuralla öngörülen tedbirin orantısız olmadığı da görülmektedir.

11. Kaldı ki, yargı kararlarının infazı aşamasında karşılaşılan tartışmalı durumlar ve açıklamaya muhtaç hususlarla ilgili yargı makamlarından görüş istenmesi her zaman mümkündür. Hatta infaz aşamasında ortaya çıkacak hak ihlallerinin tekrar yargıya götürülmesine de bir engel bulunmamaktadır. Hal böyle olunca kuralın belirsizliğinden de söz edilemez.

12. Açıklanan nedenlerle, 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında geçen “... veya aynı mahiyetteki yayınların ...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığı gerekçesiyle anılan kuralların iptali yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2014/87

Karar Sayısı : 2015/112

KARŞIOY GEREKÇESİ

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un bazı madde ve fıkralarının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir. Bu kapsamda, sözkonusu Kanun’un 90. maddesiyle 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’a eklenen 6/A maddesinin de iptali istenmiş; maddenin yedinci fıkrasının ikinci cümlesi dışındaki iptal talebi oybirliği ile reddedilmiş, ancak ikinci cümleinin Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğundan, Mahkememiz Çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

5651 sayılı Kanun’a eklenen 6/A maddesinin yedinci fıkrası şu şekildedir: *“Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları gereği için Birliğe gönderilir. Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır.”*

Maddenin gerekçesinde bu konuya ilişkin olarak ayrıca bir açıklık getirilmemiştir.

Fıkranın ilk cümlesi ile Kanun'un 8. maddesi dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini sağlamak için Erişim Sağlayıcıları Birliğine (ESB) gönderilmesi kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, erişimin engellenmesi kararlarının gereği esas itibarı ile erişim sağlayıcıları tarafından yerine getirilecektir. Ancak bu kararların gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek için ESB'ne ayrıca gönderilmesi isabetli olmuştur. Fıkranın ikinci cümlesi ile de erişimin engellenmesine ilişkin kararların, mahkemelerce ya da ilgili kurumlarca ESB'ne tebliğ edilmesi halinde, bu tebligatın aynı zamanda erişim sağlayıcılara da yapılmış sayılması kabul edilmiştir. Bu durumda, erişimin engellenmesi kararını asıl olarak yerine getirecek olan erişim sağlayıcılara ayrı bir tebligat yapılması öngörülmemiştir.

Mahkememiz çoğunluğu, ikinci cümleyi de Anayasa'ya aykırı görmemiş ve iptal talebini reddetmiştir. Çoğunluk, ret gerekçesinde, erişimin engellenmesi kararlarının en kısa sürede yerine getirilmesinin gerekliliğini, bunu sağlamak için iptali istenilen kural ile ESB'ne yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağına kabul edildiğini, getirilen sistem ile mahkemelerce ve idare tarafından verilen kararların ESB'ye elektronik ortamda doğrudan iletildiğini, ESB'nin de erişim sağlayıcılar ile kurmuş olduğu sistem üzerinden bu kararları aynı anda erişim sağlayıcıların bildirilen elektronik adreslerine iletildiğini, söz konusu tebligatın erişim sağlayıcılara ulaştığının da sistemden görüldüğünü, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim ve erişim sağlayıcıların söz konusu tebligattan haberdar olmaları göz önüne alındığında, iptali istenilen düzenlemelerin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Tebliğat, tebligatı yapan makamca, muhataba, ilgili işlemi usulüne göre bildirmesi ve bu bildirme işleminin de belgelendirilmesidir. Tebligat kural olarak muhataba, bilinen en son adresinde yapılır (Teb.K.m.10). Ancak muhatap adresinde bulunmazsa, muhatabın adresi bulunamazsa vb. tebligatın mümkün olmadığı hallerde, tebligatın ne şekilde yapılacağı Tebligat Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir (bkz. m.16,21,31). Ancak bu hallerde dahi, tebliğ konusu işlem, muhatabın tasarruf alanına mümkün olduğunca sokulmaya çalışılmakta, muhatabın işlemi öğrenmesi için çaba sarfedilmektedir. Ayrıca, bu hallerde, yani tebligatın muhatabın kendisine değil de bir başkasına yahut başka yere yapılmasında bir zorunluluk bulunmaktadır.

İptali istenen cümleye bu açıdan bakıldığında, tebligat, muhataba yani erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmekle sorumlu erişim sağlayıcılara yapılmamakta, onun yerine ESB'ne yapılmaktadır. Bilindiği gibi, ESB özel hukuk tüzel kişisi olup, erişim sağlayıcılardan ayrı bir kişiliği vardır. ESB, erişim sağlayıcıların kanuni yahut iradi temsilcisi de değildir.

Mahkememiz çoğunluğu, kararların ESB'ne tebliğ edilmesinin yeterli olduğunu, erişim sağlayıcılara ayrıca tebligat yapılmamasının gerekçesini, kararların bir an önce yerine getirilmesinin gerekliliği ve ESB'nin oluşturulan sistemle kararı zaten hemen

erişim sağlayıcılara da iletildiği ve bunun sistem üzerinden görülebildiği, şeklinde açıklamaktadır. Ancak, bu gerekçeler, tebligatın muhataba değil de ESB'ne yapılmasını haklı kılmaktan uzaktır.

Öncelikle böyle bir sistemin kabul edilmesinin gerekçesi olarak çoğunluk, fıkranın ilk cümlesinin iptali talebinin reddine ilişkin gerekçede “*Erişim sağlayıcıların sayısının her gün artması, bunları takip etmenin ve adreslerine ulaşarak tebligat yapılmasının zorluğu hususları gözetildiğinde sistemin en iyi şekilde işlemesi için erişimin engellenmesi kararlarının gereği için ESB'ye gönderilmesi zorunlu bulunmaktadır*” demektedir. Buna göre, demek ki, ESB erişimin engellenmesi kararlarını her zaman anında erişim sağlayıcılara ulaştırılmamaktadır. Kaldı ki, erişim sağlayıcısı olabilmek için BTK'dan lisans almak zorunludur. Lisans verilirken, gerekli adres ve iletişim bilgileri de erişim sağlayıcı tarafından BTK'ya bildirilmektedir. Erişim sağlayıcının sertifika alırken bildirmek zorunda olduğu elektronik adresine çok rahat tebligat yapılabilir ve bu durum zaman kaybına da neden olmaz. Eğer ESB, belirtildiği şekilde kendisine tebliğ edilen kararı hemen erişim sağlayıcılara ulaştırıyorsa bu takdirde, tebligata ilişkin temel kuraldan yani tebligatın muhataba yapılması gerektiğine ilişkin kuraldan ayrılmamanın anlamı yoktur; ESB'nin, kararı erişim sağlayıcılara ulaştırdığı tarihin, tebligat tarihi olarak kabul edilmesi mümkündür. ESB, oluşturulan sistem üzerinden erişim sağlayıcıların kararı öğrenip öğrenmediklerini de kontrol edebildiğinden, tebligat tarihini ispat etmek zor olmayacaktır. ESB, oluşturulan sistemle, kararı otomatik olarak hemen erişim sağlayıcılara gönderiyorsa, kararın gereğinin yerine getirilmesi için zaman kaybı da yaşanmamaktadır,

ESB, kararı oluşturulan sistemle hemen erişim sağlayıcılara ulaştırıyorsa, erişim sağlayıcılarının hak kaybı yaşamaması sözkonusu olmayabilir. Ancak ESB, kararı erişim sağlayıcılara hemen gönderemezse, göndermede gecikme yaşanır, erişim sağlayıcının adresinde sıkıntı varsa, bu takdirde, iptali istenen hüküm etkisini gösterecek, erişim sağlayıcıya hiç tebligat yapılmaz ya da geç tebligat yapılsa dahi, ESB'ne yapılan tebligat kendisine yapılmış sayılacak ve tebligata bağlı olarak ortaya çıkabilecek sorumluluklar devreye girecektir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (8) numaralı fıkrası ve 9/A maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar, bu kararları dört saat içinde yerine getirmekle yükümlüdür; yerine getirmediğinde adli para cezası ile karşılaşmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “*hukuk güvenliği*” ilkesidir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir

haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp ispatlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Mahkemenin yahut tebligat yapacak makamın, tebligat konusu işlemi muhataba usulüne göre yapması gerekir. Usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Böylece tebligata bağlanan süre işlemesi, bazı yükümlülüklerle katlanması vb. muhataptan beklenebilir hale gelsin. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama özgürlüğünün en önemli güvencelerinden biridir. Muhatabın, tebligat konusu işlemden usulüne uygun olarak bilgilendirilmesi, hakkaniyete uygun yargılamanın da bir gereğidir.

İptali istenilen cümlede, Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının, erişim sağlayıcılara ayrıca tebliğ edilmemesi, ESB'ne yapılacak tebligatın yeterli görülmesi yahut ESB'ne yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılması şeklinde bir sistem öngörülmüştür. Buna göre, ESB'ne yapılan tebligat erişim sağlayıcılara da yapılmış sayıldığından, erişim sağlayıcıların kararın gereğini yerine getirmek için kanunda öngörülen süre, ESB'ne yapılan tebligat tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (8) numaralı fıkrası ve 9/A maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar, bu kararları dört saat içinde yerine getirmekle yükümlüdür; yerine getirmedikleri takdirde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (10) numaralı fıkrası uyarınca adli para cezası ile karşılaşmaktadırlar. Erişim sağlayıcıları, ESB'nin kusuruyla yahut teknik nedenlerle erişimi engelleme kararlarının kendilerine bildirilmemesi veya geç bildirilmesi halinde, kendilerinin bir kusuru olmamasına, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmamasına rağmen, yukarıda belirtilen yaptırıma maruz bırakılmış olmaktadır. Bu durumun, erişim sağlayıcılarının, sözkonusu yaptırıma karşı yargı mercileri nezdinde itiraz edebilme gibi bazı haklarını kullanamamalarına neden olması da mümkündür. Şu halde iptali istenilen cümle, erişim sağlayıcılarını, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi, hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının "*Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır*" şeklindeki ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Erdal TERCAN