

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 5651 SAYILI KANUN'UN 9. MADDESİ BAĞLAMINDA İNTERNETE ERİŞİMİN ENGELLENMESİNE DAİR DEĞİŞEN YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK*

Öz

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Türk hukukunda internete erişimin engellenmesi usullerini belirleyen temel kanundur. Söz konusu Kanun'un 9. maddesi, kişilik hakkı ihlallerinde erişim engeli usulünü düzenlemektedir. 9. Madde ifade özgürlüğüne müdahale oluşturması sebebiyle, sürekli olarak Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru konusu yapılmaktadır. AYM, son dönemde 9. Maddeye dair içtihadında değişikliğe gitmiş ve pilot karar usulünü uygulayarak ifade özgürlüğüne yönelik ihlalin kanundan kaynaklandığına hükmetmiştir. AYM bu kararlar söz konusu maddeyi tartışmaya açmış ve yasama organını bu konuda yasal düzenleme yapmaya davet etmiştir. Makalede, AYM kararı sonrasında ortaya çıkabilecek olası durumlar ve internete erişim engeli usulünün nasıl olması gerektiği ele alınacaktır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye | Asst. Prof. Sakarya University Faculty of Law, General Public Law Department, Sakarya, Turkey.

✉ alper@sakarya.edu.tr • ORCID 0000-0002-3784-8297

✎ **Atıf Şekli | Cite As:** IŞIK Alper, "Anayasa Mahkemesi'nin 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımın Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 967-998.

✎ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Kişilik Hakkı • İfade Özgürlüğü • Erişimin Engellenmesi • 5651 sayılı Kanun • İnternet Hukuku

THE EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S CHANGING APPROACH TO BLOCKING INTERNET ACCESS WITHIN THE CONTEXT OF ARTICLE 9 OF LAW NO 5651

Abstract

Law No. 5651 on the Regulation of Broadcasts via Internet and Prevention of Crimes Committed through Such Broadcasts, is the fundamental law regulating the procedure for blocking internet access in Turkish law. Article 9 of the Law regulates the access blocking procedure in violations of personal rights. Since the article constitutes an interference with the freedom of expression, individual applications are constantly made to the Constitutional Court. The Constitutional Court has recently changed its case-law regarding Article 9 and, by applying the pilot decision procedure, has ruled that the violation of freedom of expression stems from the law. With this decision, the Constitutional Court has opened the article to discussion and invited the legislature to make new laws or change existing laws on this issue. In the article, possible situations that may arise after the decision of the Constitutional Court and how the internet access blocking procedure should be will be discussed.

Key Words

Personal Right • Freedom of Expression • Access Blocking • Law No. 5651
• Internet Law

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi tarafından 27 Ekim 2021 tarihinde verilen ve 7 Ocak 2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret AŞ ve Diğerleri Başvurusu* kararında¹ 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un* (5651 sayılı Kanun) 9. maddesi kapsamında yapılan başvurular için pilot karar usulünü işletilmesi

¹ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220107-17.pdf> Erişim Tarihi: 19.05.2022.

oybirliğiyle karar verilmiştir. Başvuru kapsamında daha önce 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usul işletilerek erişimi engellenen internet sitelerinin başvuruları ele alınmış ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararda, ihlalin kanundan kaynaklandığına ve gerekli değişiklikleri yapmak üzere durumun Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) bildirilmesine hükmetmiştir. Makalede öncelikle 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin koruma kapsamından ve madde bağlamındaki erişim engelleme usullerinden kısaca bahsedilecektir. Sonrasında ise 9. maddeyle ilgili AYM bireysel başvuru içtihadı genel olarak ele alınacaktır. AYM'nin konuyla ilgili temel bir değişiklik ortaya koyduğu *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret AŞ ve Diğerleri Başvurusu* kararında yaptığı değerlendirmeler ayrı bir başlık olarak ele alınacak ve AYM'nin ideal bir yasal düzenlemeye dair önerilerine yer verilecektir. Son olarak ise karar sonucunda AYM'nin ilgili kanun maddesini iptal edip edemeyeceği ve TBMM'nin karar sonrasındaki sorumluluğu konularına değinilerek ideal bir kanuni düzenlemenin nasıl olacağı konusunda somut önerilere yer verilecektir.

I. 5651 SAYILI KANUN'UN 9. MADDESİNİN KAPSAMI

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi 2007 yılında Türk hukukuna girmiştir. Madde, zaman içerisinde esaslı değişikliklere uğramıştır. Maddenin son hali, internet üzerinden yapılan yayınlarla kişilik hakları ihlal edilenlerin hızlı bir koruma elde etmesini sağlamaktadır².

² *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 halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya 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 hakim bu maddede belirtilen kapsamda içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hakim, 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,

A. 9. Maddenin Koruduğu Menfaat Olarak Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı, özel hukuk temelli bir kavramdır. Tanım olarak kişilik hakkı, kişiye tanınmış ve kişiden ayrılamaz şekilde sahip olunan değerlerin bütünüdür ifade etmektedir³. Kişilik hakkının kapsamına; yaşam, beden bütünlüğü, sağlık, şeref ve haysiyet, gizli ve özel hayat alanı, özgürlükler, ad, resim, ses gibi kişinin kişiliği kapsamına dâhil olan kişisel değerlerinin tamamı girmektedir⁴. Bu hakların çoğu gerçek kişilerin sahip olabileceği kişisel hakları ifade etmektedir. Dolayısıyla tüzel kişilerin kişilik hakkının olup olmadığı ya da hangi hakların tüzel kişiler açısından da kişilik hakkının kapsamına girdiği konusunda doktrinde tartışmalar vardır. Ancak genel olarak tüzel kişilerin, hayat, sağlık, vücut bütünlüğü gibi "...yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar

hakim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hakimin bu madde kapsamında verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hakim 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 hakim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hakimin verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayımlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi halinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hakim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verilebilir. Kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir.

(11) Sulh ceza hakiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

³ HELVACI, Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayınları, İstanbul, 2017, s. 24.; TURGUT, Cemile, *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 109.

⁴ AYDIN, Gülşah Sinem, *Kişilik Hakkı İhlâlinde Doğan Vekâletsiz İşgörme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 13.

dışındaki bütün... ” kişisel değerlere kişilik hakkı kapsamında sahip olduğu söylenebilir⁵.

Kişilik hakkına dair koruma sağlayan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, internet üzerindeki yayınlardan kaynaklanan ihlallere karşı gidilebilecek bir başvuru yoludur. Kişilik hakkına yönelen ve internet üzerindeki yayınlardan kaynaklanmayan ihlaller için ise ihlale uğrayan gerçek veya tüzel kişilerin 4721 sayılı *Türk Medeni Kanunu (TMK)* kapsamında kişiliğin korunmasını talep etmeleri gerekmektedir.

B. 9. Madde Kapsamında Başvuru Yolları

1. Uyar/Kaldır Yöntemi

9. madde, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlara koruma sağlamaktadır. Bu noktada kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasını taşıyanlar uyar/kaldır yöntemi olarak adlandırılan yöntemle, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilirler⁶. Bu başvuruları içerik ve/veya yer sağlayıcısı yirmi dört saat içerisinde cevaplandırır. Ancak yer sağlayıcının sosyal ağ sağlayıcı olması durumu farklı bir hükme tabidir. 7253 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile getirilen Ek 4. maddenin 3. fıkrasına göre, içerik veya yer sağlayıcıya başvurulduğunda yirmi dört saat olan başvuru süresi, sosyal ağ sağlayıcıya başvurulduğunda kırk sekiz saat olarak düzenlenmiştir. Sosyal ağ sağlayıcı içerik kaldırma talebine bu süre içerisinde olumlu ya da olumsuz cevap vermekle yükümlüdür. Bu çerçevede cevap olumsuz ise gerekçeli olmak zorundadır.

2. Sulh Ceza Hakimine Başvuru

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler, içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcıya başvurmadan, doğrudan sulh ceza hakimine de başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini iste-

⁵ Söz konusu tartışmalar için bkz.

GÖNEN, Doruk, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 59.

⁶ KENT, Bülent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 98.

yebilir⁷. İçeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi talepleri ayrı ayrı ya da birlikte yapılabilir⁸. Sulh ceza hâkimi bu başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmadan dosya üzerinden karara bağlar. Hâkimin yirmi dört saat içerisinde, duruşma yapmadan ve dosya üzerinden karar vermesi, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği açısından eleştirilmekte ve maddenin bu yönüyle adil yargılanma hakkına aykırı olduğu da ifade edilmektedir⁹.

Erişim engeline karar verilmesinin ardından kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan başvurucu açısından başkaca bir işlem yapılmasına gerek yoktur. Sulh ceza hâkimi kararına karşı ise 5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu*'nun (CMK) 268. maddesine göre ilgililerin itiraz hakkı mevcuttur. Dolayısıyla içeriği erişime engellenen kişiler ya da erişim engeli talebinin reddedilmesi halinde erişim engeli talep eden kişiler bu hakkı kullanabilir. İtiraza dair kararı ise bir üst numaralı sulh ceza hâkimi karara bağlamaktadır¹⁰. Karar verildikten ve itiraz hakkı kullanıldıktan sonra ise erişim engeli kalıcı hale gelmektedir. Böylelikle kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan kişi bu noktada çelişmeli bir yargılama ve duruşma yapılmadan yalnızca dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda hukuk veya ceza davası yollarına gitmeden erişimi kalıcı olarak engelleme imkanına sahip olmaktadır¹¹. Kuşkusuz erişim engeli kararının kalıcı olarak verilmiş olması ve ihlale uğrayan kişinin hukuk ya da ceza davasına başvurma zorunluluğunun olmaması içerik sağlayıcının ifade özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale oluşturmak-

⁷ KENT, s. 99.

⁸ DOĞAN, Aişe Sena, "Kişilik Hakkının 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması" *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 2, Yıl: 2020, s. 162.

⁹ GÖZLER, Kemal, 'Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi', *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Rona Aybay'a Armağan*, S. 1, Yıl: 2014, s. 1064–1066.

¹⁰ Söz konusu madde AYM tarafından anayasaya aykırılık iddiasıyla incelenmiş ve oyçokluğuyla anayasaya uygun bulunmuştur. Karar için bknz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/05/20150522-18.pdf> Erişim Tarihi: 19/05/2022.

¹¹ KARAKAYA, M. Süheyl, "5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 31, S. 137, Yıl: 2018, s. 111.

tadır. Çünkü içerik sağlayıcının oluşturmuş olduğu içerik duruşma yapılmadan, dosya üzerinden ve yirmi dört saatte verilmek zorunda olunan bir kararla kalıcı olarak erişime engellenmektedir. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne sağlanan koruma yetersiz kalmaktadır.

3. İnternet Adresleriyle İlişkilendirilmeme Bağlamındaki Talepler

9. maddeye 2020 yılında 7253 sayılı Kanun'la eklenen 10. fıkraya göre; internet ortamındaki yayından dolayı kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin talep etmesi halinde hâkim, başvuranın karara konu internet adresleriyle ilişkilendirilmemesine karar verebilmektedir. Kararda Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı da belirtilmektedir. Söz konusu karar sonucunda ilgili internet içeriğine erişim engellenmemektedir. Yalnızca arama motorlarında arama yapıldığında karara konu internet içeriği, başvuran kişiyle ilişkilendirilmemektedir. Ancak ihlale konu içeriğe arama motorlarını kullanmadan ya da başvuran kişinin adını kullanmadan arama yaparak erişmek hala mümkündür. Sadece başvuran ile ilgili içerik ilişkilendirilmemektedir. Dolayısıyla erişim engellenmemekte ama güçleşmektedir. Bu durum erişim engeline kıyasla daha hafif bir tedbirdir ve ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı arasında bir denge kurma şansını artırmaktadır.

Ancak arama motorlarının bir sorumluluk öznesi olarak düzenlenmesi 5651 sayılı Kanun'un temel sistematigiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü 5651 sayılı Kanun'da arama motorlarının ne olduğu tanımlanmamaktadır. Bununla birlikte 5651 sayılı Kanun'un düzenlediği sorumluluk rejimi, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcılar arasındaki ilişkilerden oluşmaktadır. Bu yüzden arama motorlarına bir yükümlülük getirilmesi 5651 sayılı Kanun'da öngörülen sistemin dışında kalmaktadır. Haklı olarak arama motorlarının sorumluluk atfedilen kategorilerden hangisine dahil olduğu sorusu akla gelmektedir. Arama motorlarının içerik veya erişim sağlayıcı olmadığı konusunda bir tereddüt yoktur. Çünkü arama motorları herhangi bir içeriğin doğrudan üreticisi ya da saklayıcısı değildir. Yer sağlayıcı olup olmadıklarına ilişkin ise farklı görüşler ileri sürülebilir. Ancak arama motorlarının temel faaliyet alanı

içerikleri endekslemektir. Arama motorları, içerikleri barındıran sistemleri sağlayan kuruluşlar da değildir. Bu yüzden yer sağlama ya da içeriğin sahibi olmaları gibi bir durumun söz konusu olmadığı belirtilmektedir¹². Arama motorlarının sorumluluğu unutulma hakkı bağlamındaki taleplerde de gündeme geldiği için konuya bir de unutulma hakkı açısından yaklaşmak yerinde olacaktır. Unutulma hakkı konusunda Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun yayınlamış olduğu dokümanlar incelendiğinde de arama motorlarının veri sorumlusu olarak tanımlandığı görülmektedir¹³. Konuyla ilgili ilk ortaya çıkan karar olarak kabul edilen Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google İspanya kararında da bu konu tartışılmış ve arama motorlarının veri sorumlusu olduğuna karar verilmiştir¹⁴.

Kuşkusuz bu tanımlama da *5651 sayılı Kanun* bağlamındaki sorumluluk rejimini belirlemek için yeterli değildir. Bu yüzden *5651 sayılı Kanun*'da arama motorlarının tanımlanması ve sorumluluk rejiminin bu doğrultuda belirlenmesi de isabetli olacaktır. Konuyla ilgili olarak *AB Genel Veri Koruma Tüzüğü* bağlamında getirilen unutulma hakkı düzenlemesinden yararlanılması da yerinde olacaktır¹⁵.

¹² GÜRKAYNAK, Gönenç/ YILMAZ, İlay/ KARA, Pınar, "Türk İnternet Hukuku Uygulamasının ve Mevzuatının Evriminin İlk Dönemini Tamamlaması İçin Öneriler ve Gözlemler" https://www.gurkaynak.av.tr/docs/Turk_Internet_Hukuku_Uygulamasinin_ve_Mevzuatinin_Evriminin_Ilk_Donemini_Tamamlamasi_Icin_Oneriler_ve_Gozlemler.pdf.

Erişim Tarihi: 25.01.2022. Alman hukuku açısından benzer yönde bir değerlendirme için bkz. KAYA, Mine, "Almanya'da İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, Yıl: 2015, s. 739-774.

¹³ *Unutulma Hakkı (Unutulma Hakkının Arama Motorları Özelinde Değerlendirilmesi)* [online]. Ankara: Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2021. Available at: <<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/11b6fd99-d42a-45b1-a009-21f2d36ded21.pdf>>

¹⁴ Söz konusu karar metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 Tarihli Google Unutulma Hakkı Kararı, Çev: Mehmet Bedii KAYA, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 14, Yıl: 2015.

¹⁵ KAMA IŞIK, Sezen, *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış: 2016/679 Sayılı GVKT (GDPR) ile 6698 Sayılı KVKK'nın Detaylı Analiz ve Karşılaştırılması İle*, On İki

II. 9. MADDEYLE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ (AYM) İÇTİHADİ

A. AYM'nin Genel Olarak 9. Maddeye Yaklaşımı

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamındaki başvurular AYM'ye 5651 sayılı Kanun bağlamında yapılan bireysel başvuruların ezici bir çoğunluğunu oluşturmaktadır¹⁶. Dolayısıyla AYM'nin söz konusu madde hakkında geniş bir içtihadi değerlendirmesi mevcuttur. Söz konusu maddeyle ilgili olarak verilen ilk kararlardan biri olan *Ali Kıdık*¹⁷ başvurusunda AYM, 9. maddeye yönelik önemli tespitler yapmaktadır. AYM ilk olarak, 9. madde kapsamında erişim engeli kararı verdikten sonra içerik sahibi hakkında soruşturma açılıp açılmayacağına belirsiz olduğunu tespit etmiştir. Soruşturma açılmadığı durumlarda engellenen içerik belirsiz bir süreliğine erişime engellenmektedir¹⁸.

AYM'nin yaptığı bir diğer tespit ise sulh ceza hâkimin, talebi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayacağına dair düzenlemenin içerik sahibinin, başvurudan haberdar olmasını engellemesidir. İçeriğine dair erişim engeli istenen kişi ya da kuruluşlar, söz konusu talepten haberdar olmadıkları için talebe karşı beyan ve delillerini ortaya koyamamaktadır. Hâkimin yirmi dört saat içinde karar vermesi de karşı tarafın savunmasının alınmasını mümkün kılmamaktadır¹⁹. Karşı tarafın savunması alınmadan ve duruşmasız bir şekilde verilen bu kararlarda silahların eşitliği ilkesinden karşı taraf faydalanamamaktadır. Dolayısıyla hâkim, kararını yalnızca talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte ve karşı tarafın görüşlerini alamamaktadır²⁰.

Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 163; SÖZÜER, Eren, *Unutulma Hakkı: İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 145-157.

¹⁶ AYM tarafından 5651 sayılı Kanun'la ilgili olarak 45 adet bireysel başvuru karara bağlanmıştır. Bu kararların 33 tanesi 9. Maddeyle ilgili kararlardır. İlgili kararlar için bkz.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?MevzuatTuru=2&MevzuatNumaraSilsmi=143&MaddeNumarasi=9&KararBulteni=1> Erişim Tarihi: 23.01.2022.

¹⁷ *Ali Kıdık*, B. No: 2014/5552, 26/10/2017,

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5552> Erişim Tarihi: 19.05.2022.

¹⁸ *Ali Kıdık* § 59.

¹⁹ *Ali Kıdık* § 60.

²⁰ *Ali Kıdık* § 61.

Yukarıdaki durumları tespit eden AYM, 9. madde kapsamında verilecek erişim engeli tedbirinin istisnai durumlarda verilecek bir karar olduğunu vurgulamaktadır. Bu istisnai durum ise internet yayınının kişilik haklarını ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlar olarak ifade edilmektedir²¹. Söz konusu tespitler, erişim engeli kararına yapılan itirazlar için de geçerlidir²². Yayının ceza kanunu bağlamında suç oluşturmadığı durumlarda ise özel hukuk bağlamında sorumluluk gündeme gelmektedir. Burada da AYM, 9. maddenin istisnai ve hızlı karar almaya yönelik bir madde olduğunu vurgulayarak ilgili kişinin özel hukuk davalarıyla hakkını araması gerektiğini belirtmiştir²³. Yayın aynı zamanda suç oluşturuyorsa müşteki, suç duyurusunda bulunabilir. Açılacak olan ceza kovuşturmasının sonucunda erişim engeline dair bir karar da verilebilir²⁴. Dolayısıyla sulh ceza hakiminin erişim engeline dair vermiş olduğu karar, uyuşmazlığı tamamen çözen bir karar değildir. İlk bakışta ihlal doktrinine göre verilmiş bir karar, normal bir dava için kesin hüküm teşkil etmemektedir²⁵. Sulh ceza hakimliği, yalnızca ilk bakışta ihlal olup olmadığına dair bir karar verirken, genel mahkemelerde görülen davalarda ihlal iddiasının her türlü delille ispatlanması mümkündür²⁶. Bu yüzden 9. maddenin kapsamı, AYM tarafından son derece dar tutulmuş ve istisnai olarak bu yolun kullanılması hukuka uygun bulunmuştur. Ancak AYM, aşağıda ele alacağımız kararda, 9. maddenin bu şekilde uygulanmadığından bahisle, yaklaşımında temel bir değişikliğe gitmiş görünmektedir.

²¹ *Ali Kızılcık* § 62.

²² *Ali Kızılcık* § 63.

²³ *Ali Kızılcık* § 64.

²⁴ *Ali Kızılcık* § 65.

²⁵ *Ali Kızılcık* § 66.

²⁶ *Ali Kızılcık* § 67.

B. AYM'nin Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusunda 9. Maddeye Yaklaşımı

1. Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusunda Öne Çıkan Unsurlar

AYM *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusunda pilot karar usulünü uygulamıştır. Pilot karar usulü²⁷, AYM *İçtüzüğü*'nün 75. maddesinde düzenlenmektedir²⁸. Buna göre, benzer nitelikteki başvurular kararda belirtilen ilkelere göre idari mercilerce çözümlenmekte; çözümlenmediği durumda ise AYM tarafından topluca ele alınarak karara bağlanmaktadır²⁹. Pilot karar, sistematik bir sorunun var olduğuna ve benzer nitelikte şikayetlerde niceliksel bir yığılma olduğuna işaret etmektedir. Bu durumda benzer başvuruların incelenmesi askıya alınmakta ve pilot dava olarak seçilen olayda ulaşılan sonuçlarla birlikte genel tedbirlere de yer verilmektedir³⁰. Ancak çözümün idari mercilere bırakılması, AYM'nin İçtüzükle mahkemelere ait olan uyumsuzluk çözme yetkisini idareye devretmesinden ve paralel başvuruların

²⁷ Erdoğan Teziç, pilot karar usulü yerine, emsal karar usulü tabirinin daha doğru olacağını belirtmektedir. TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 276.

²⁸ *Pilot Karar Usulü*.

"Madde 75 - (1) Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır.

(2) Bölüm, pilot karar usulünü resen, Adalet Bakanlığının ya da başvuru sahibinin istemi üzerine başlatabilir.

(3) Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır.

(4) Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümünü için alınması gereken tedbirleri belirtir.

(5) Bölüm pilot kararlarla birlikte, bu karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir".

²⁹ TEZİÇ, s. 276.

³⁰ ŞİRİN, Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 247.

yargısal korunmasını kesintiye uğratmasından dolayı doktrinde eleştirilmektedir³¹.

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri başvurusu, dokuz adet bireysel başvuru dosyasının konu yönünden hukuki bağlantı olduğu gerekçesiyle birleştirilmesinden oluşmaktadır. Kısaca özetlemek gerekirse; dosyaya konu edilen dokuz başvurudan yedi tanesi internet haber siteleri; (*www.diken.com.tr*, *sol.org.tr*, *www.gazeteduvar.com.tr* (iki başvuru), *www.tarimdanhaber.com* (iki başvuru), *www.artigercek.com*) iki tanesi ise ulusal çapta yayın yapan gazetelerin (*Cumhuriyet* ve *Birgün*) internet sitelerinde yayımlanan içeriklere aittir. Bu gazetelerdeki içeriklerden birisi bir köşe yazısına (*Cumhuriyet*'ten Çiğdem Toker) diğeri ise bir habere (*Birgün*) aittir.

AYM kararda ilk olarak konuyla ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat hükümlerini sonrasında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadını ele almıştır. Devamında ise 5651 sayılı Kanun hakkında uluslararası kuruluşlar tarafından düzenlenen raporların bir değerlendirmesi yapılmıştır. Bu başlık altında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Basın Özgürlüğü Temsilciliği, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği ve Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu raporlarına yer verilmiştir. AGİT raporunda; internete erişim engelinin orantısız bir önlem olduğundan ve engellemelerin medya çoğulculuğu ve ifade özgürlüğü açısından olumsuz olduğuna yer verilmiştir³². Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği ise 5651 sayılı Kanun'un AİHM içtihadına göre tekrar düzenlenmesi tavsiyesinde bulunmuştur³³. Buna ek olarak sulh ceza hakimliklerinin yetersiz inceleme ve gerekçeyle karar verdikleri ve AYM tarafından ortaya konan ilkeleri yasama organıyla birlikte uygulamakta isteksiz oldukları vurgulanmıştır³⁴.

³¹ KANADOĞLU, Korkut, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 238.

³² *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararı*, § 69.

³³ Konuyla ilgili AİHM içtihadının detaylı değerlendirmesi için bkz. KAYA, Mehmet Bedii, *İnternet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 209 vd.

³⁴ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 70.

Venedik Komisyonu ise, 9. maddede tedbiri aşacak düzeyde esaslı kararlar alındığını ve erişim engeli kararı aldırان kişilerin başka bir hukuk yoluna başvurma zorunlulukları olmadığından bahsetmektedir. Bu durumda uyuşmazlığın çelişmeli bir yargılama usulüyle giderilmesi mümkün olmamaktadır. Hâkime yirmi dört saat içinde kararını açıklama yükümlülüğü getirilmesi de savunma yapma imkanını engellemektedir. Bu yüzden 9. madde kapsamındaki erişim engelleme düzenlemesi bir hukuk veya ceza davasıyla bağlantılı bir süreç haline getirilmeli ve davaya bakan mahkeme tedbirin devam edip etmeyeceğine karar vermelidir. Ancak söz konusu düzenleme bağımsız bir usul olarak uygulanmaya devam ederse de internet sağlayıcısına savunma yapabilmek için yeterli zaman ve olanak sağlanmalıdır. Aynı şekilde sulh ceza hakimine de iyi gerekçelendirilmiş bir karar alabilmesi için duruşma yapma yetkisi tanınmalıdır. Söz konusu kararlara karşı da temyiz yolu açık olmalıdır. Son olarak 9. maddeye, erişim engelleme tedbirinin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olması gerektiğine dair bir hüküm eklenmelidir³⁵.

AYM, yukarıdaki açıklamaların ardından yaptığı değerlendirmede ifade ve basın özgürlüğü açısından inceleme yapılmasına ve kabul edilemezlik kararı verilmesini gerektirecek başka bir durumun olmadığına hükmetmiştir. Esas yönünden yaptığı incelemede AYM, erişimi engelleme tedbirinin, hem başvuruçuların haber ve fikir verme hakkına, hem de halkın haber ve fikir alma hakkına müdahale olduğu ifade etmiştir. Söz konusu müdahalenin ifade ve basın özgürlüğüne bir ihlal oluşturup oluşturmadığının tespitinde ise üçlü test uygulanmıştır. İlk inceleme konusu olan kanunilik şartıyla ilgili detaylı açıklamalar bir sonraki başlıkta yapılacaktır. Meşru amaç konusunda ise AYM, söz konusu haber ve köşe yazılarına erişimin engellenmesinin başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğuna ve meşru bir amaç taşıdığına hükmetmiştir³⁶. Son unsur olarak ise demokratik toplumda gereklilik unsuru incelenmiş ve internete erişimin engellenmesi kararları ile ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin

³⁵ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 71.

³⁶ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 103.

daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır³⁷.

AYM, başvuruda pilot karar usulünü uyguladığı için benzer kararların görüşülmesini de bir yıl süreyle ertelediğini belirtmektedir. Bu durumda görüşülmesi ertelenen kararların listesinin AYM sitesinde yayınlanacağı da karara bağlanmıştır³⁸. Söz konusu başvurular açısından ise yeniden yargılama yapılmak üzere kararların ilgili mahkemelere gönderilmesine karar verilmiştir. Bu durum mevcut erişim engeli kararlarının kaldırılması açısından kararın inşai niteliğini ortaya koymaktadır³⁹. Ayrıca başvuru lehine manevi tazminata da hükmedilmiştir.

a. Kanunilik Şartı Bakımından

Kararda ilk önemli nokta 9. maddenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığını tartışmaya açılmasıdır. Örneğin daha önce ele alınan *Ali Kırık* kararında, kanunilik ölçütünün sağlandığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁰. AYM, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* kararında ise şekli anlamda bir kanunun varlığını erişilebilirlik açısından yeterli görmüş ve incelemesini hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine yoğunlaştırmıştır. AYM, 9. maddedeki kuralın kapsamı ve sınırlarının belli olmamasının yargı makamlarına oldukça geniş bir takdir alanı yarattığını da belirtmektedir⁴¹.

Kararda 5651 sayılı Kanun'un amacıyla 9. maddeyi ele alan kısımlar, Kanun'un amacıyla düzenlemenin uyumlu olmadığını göstermektedir. Çünkü Kanun'un amacı "*internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek*" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bir suçun söz konusu olmadığı durumlarda 5651 sayılı Kanun'un uygulanmaması gerekmektedir⁴². Yargıtay'ın da bu konuda benzer bir kararı mevcuttur⁴³. 5651 sayılı

³⁷ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 119.

³⁸ Pilot karar listesi için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/media/8051/pilotkararlar01.pdf>
Erişim Tarihi: 19.05.2022.

³⁹ BÜYÜK, Elif Irmak, *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 104.

⁴⁰ *Ali Kırık*, § 39.

⁴¹ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 129.

⁴² *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 94.

Kanun'un ilk halinde 8. maddede bazı suçlar tahdidi olarak sayılmışken, 9. maddenin ilk halinde “İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” düzenlenmiş⁴⁴ ve erişim engeli bir tedbir olarak yer almamıştır. İlgili tedbir 2014 yılında yürürlüğe giren 6518 sayılı *Kanun'un* 93. maddesi ile 9. maddeye dahil edilmiştir. Ancak söz konusu tedbir, kişilik haklarının ihlali halinde anılan tedbire başvurma imkânı tanıyarak *Kanun'un* amacına uygun düşmeyen bir engelleme sebebinin *Kanun'a* dahil etmiştir. Ayrıca maddede, kişilik haklarına yönelecek haksız fiilin ağırlığına dair bir ölçüte de yer verilmeyerek kapsam oldukça genişletilmiştir⁴⁵.

Ayrıca 9. madde kapsamında verilen bir erişim engeli kararının ardından, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenler bakımından, söz konusu içeriği yayınlayan kişilere karşı medeni veya ceza yargılamasına başvurma yükümlülüğü de yoktur. Bu yüzden 9. maddede getirilen bu usul, görülmekte olan bir davada ortaya çıkabilecek telafisi güç zararları önleyen ara bir çözüm olmaktan ziyade, şekli yönden kesin

⁴³ DOĞAN, Aişe Sena, *Kişilik Hakkının 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması*, s. 155.

⁴⁴ Maddenin ilk hali;

“Madde 9-(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayım sorumlusu hakkında uygulanır”. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523-1.htm> Erişim Tarihi: 18.01.2022.

⁴⁵ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 98.

hüküm teşkil eden özerk bir yoldur⁴⁶. Bu yüzden 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle getirilen sınırlamanın kapsamı, amacı ve sınırları ile sınırlama aracının hukuki niteliğinin müdahalenin kanuniliği yönünden birtakım tereddütlere sebebiyet verdiği AYM tarafından belirlenmiştir⁴⁷. AYM, bu başlık altında ilgili müdahalenin kanunilik şartını taşımadığına karar verdiğini söylemekten kaçınmaktadır. Çünkü kanunilik şartı sağlanmadığı takdirde yapılan müdahalenin ihlal oluşturacağı hususu açıktır. Bu yüzden diğer güvence ölçütlerine uyulup uyulmadığını ele almaya gerek yoktur⁴⁸. AYM'nin bu yaklaşımını *Halime Sare Aysal* kararında görmek mümkündür⁴⁹. Ancak AYM konuyu, derece mahkemelelerinin kararlarının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı yönündeki incelemeden bağımsız şekilde ele alınmasının isabetli olmayacağını belirterek uygulamadaki sorunlara dikkat çekmeyi tercih etmiş görünmektedir⁵⁰. Söz konusu sorunlar kanunilik kapsamında kalsa da aşağıda ayrı başlık altında ele alınacaktır.

b. 9. Maddenin Uygulamasına Yönelik Tespitler

AYM'nin *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusunda getirdiği bir başka eleştiri ise sulh ceza hakimliklerinin erişim engeli kararlarına itirazları değerlendirmede yeterli araçlara sahip olmamasıdır. Bu noktada çelişmeli bir yargılama yapılmaması önemli bir eksikliktir. Çünkü somut olaylarda yayın organı veya sorumluları aleyhlerine açılan davada cevap verme konusunda güçlükler mevcuttur. Bu kişilere iddialarını ortaya koyabilecek bir savunma yapma imkânı verilmemesi ifade ve basın özgürlüğünün ihlali anlamına gelmektedir⁵¹. Başvurucular, kararların alınması sürecine dahil değillerdir ve erişim engeli talep edenlerin taleplerine karşı görüş bildirme imkanlarına sahip

⁴⁶ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 101.

⁴⁷ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 102.

⁴⁸ GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 343.

⁴⁹ *Halime Sare Aysal*, B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 72–74.; ŞEKER, Gülseven, "Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etiksinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1. Yıl: 2021.

⁵⁰ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 102.

⁵¹ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 123.

olamamışlardır⁵². Söz konusu eksikliklerin yargılama sürecinin sonraki aşamalarında giderilmesi bir zorunluluktur. Bunun için de etkili bir denetim mekanizması varlığına ihtiyaç vardır⁵³.

Karardaki en somut önerilerden biri, erişim engeli kararlarına karşı yapılan itirazların çelişmeli yargılama araçlarına yer verecek şekilde ele alınması ve tarafların itiraz aşamasında dinlenmesine imkân sağlanmasıdır. Bu aşamada kararda, itirazı inceleyen sulh ceza hakimliğinin taraflara delil ve savunmalarını ortaya koyabilecek bir imkân sağlaması gerektiğine de yer verilmektedir. Çünkü, AYM'ye göre ifade özgürlüğü sınırlandırılan kişilerin delil sunmak da dahil olmak üzere savunmalarını ortaya koyma imkanı bulabilecekleri, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama hakkına sahip olabilecekleri tek merci itiraz makamıdır⁵⁴. CMK'nın 271. maddesine göre itirazlara da duruşma yapılmadan karar verilmektedir ama itiraz makamının incelemesini tamamlaması bir süreye bağlanmamıştır. Ayrıca ilgili kanun, her ne kadar itiraz makamının takdirine bıraksa da şikâyet konusu olayla ilgili olarak araştırma ve inceleme yapma yetkisini tanımaktadır. Dolayısıyla itiraz makamının, iki tarafın iddialarını dinlemesinin, dosyadaki eksiklikleri tamamlamasının ve karşı tarafa gerekli güvenceleri sağlayarak çatışan haklar arasında bir dengeleme yapmasının önünde bir engel yoktur⁵⁵. Ancak karar kapsamındaki hiçbir başvuruda bu yola gidilmemiştir⁵⁶.

Ek olarak 9. maddedeki kuralın kapsamı ve sınırlarının belirli olmaması yargı makamlarına oldukça geniş bir takdir alanı yaratmaktadır. Dolayısıyla bu durum engelleme kararlarına yapılan itirazlardan sonuç almanın zor olduğunu göstermektedir⁵⁷. Bu yönüyle 9. maddedeki kural meşru bir sınırlandırma sebebi sunmuş ancak sulh ceza hakimliklerinin bu yetkiyi nasıl kullanacaklarına dair bir tarif yapmamış ve sınırlandırma yaparken sulh ceza hakimliklerine demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı karar vermelerine yardımcı olacak araçları

⁵² Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 124.

⁵³ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 125.

⁵⁴ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 126.

⁵⁵ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 127.

⁵⁶ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 128.

⁵⁷ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 129.

sunamamıştır⁵⁸. Bu yüzden AYM, 9. maddenin ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin temel güvencelere sahip olmadığını tespit ederek, ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı sonucuna varmıştır⁵⁹.

c. Etkili Başvuru Hakkı

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu kararında başvuru haklarının etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine dair itirazları da AYM tarafından değerlendirilmiştir. Etkili başvuru hakkı, AİHM içtihadı çerçevesinde ele alındığında dört alt ilke içermektedir. Bunlar; erişilebilirlik, etkinlik, verimlilik ve önceki ihlallere olası uygulama olarak sıralanabilir⁶⁰. Yine AİHM içtihadına göre hukuk yolunun etkililiği hem hukuki hem de pratik açıdan etkisine göre belirlenmektedir. Bu durumda, söz konusu hukuk yolunun kullanılması ihlali engelleyebilmelidir⁶¹. İhlal iddiasına ilişkin çare sunmadığı hususunda genel kabul olan bir yolu tüketme zorunluluğu ise kişilere yüklenemez⁶².

AYM, başvuru haklarına itiraz amacıyla tanınan hukuki yolların pratikte başarı sağlayacak yollar olması gerektiğini, bu durumun da çelişmeli yargılamaya imkân verecek şekilde tarafların dinlenebilecekleri ve karara itiraz edebilecekleri bir mahkemenin varlığını gerekli kıldığını belirtmektedir. Böyle bir mahkemenin yokluğu, başvuru hakkının etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığı anlamına gelecektir. *5651 sayılı Kanun*'un 9. maddesinin, sulh ceza hakiminin kararına karşı itiraz hakkını tanımış olması, AYM tarafından bu noktada etkili bir başvuru yolu olarak görülmemiştir. Çünkü, itiraz edilen sulh ceza hakimlikleri gerekçeli kararlarında, başvuru haklarının iddia ve delillerini dikkate almamış, erişim engellenmesi tedbirinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı olup olmadığını değerlendirmemiştir. Bu yüzden söz konusu

⁵⁸ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 131.

⁵⁹ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 133.

⁶⁰ KAMA, Sezen, "What Is the Meaning of an Effective Remedy? An Approach of the European Court of Human Rights on Effectiveness", *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 14, S. 1, Yıl: 2014, s. 32.

⁶¹ HARRIS, D. J. et al., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009, s. 562.

⁶² DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt 1*. Baskı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 562.

itiraz yolu AYM tarafından, etkili bir başvuru yolu olarak nitelendirilmemiştir⁶³.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında yapılan itirazlar, mevcut CMK düzenlemesine göre bir üst numaralı sulh ceza hakimliğine yapılmaktadır. Bu noktada bir öneri olarak yakın zamanda CMK'ya eklenen bir düzenlemeden bahsetmek yerinde olacaktır. 7331 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen, CMK'nın 268. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi, tutuklama ve adli kontrole ilişkin olarak verilen sulh ceza hakimliği kararlarına karşı itirazların asliye ceza mahkemelerine yapılacağına öngörmektedir. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamındaki itirazların da asliye ceza mahkemeleri tarafından incelenecek işlemler kapsamına alınması, AYM'nin yukarıda belirttiği eksikliklerin çözümüne dair bir önlem olarak düşünülebilir. Ayrıca söz konusu itiraz incelemesinin asliye ceza mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi, çelişmeli yargılama yapılmasına, tarafların iddialarının dinlenmesine ya da bilirkişi incelemesi gibi yollarla olayın esasına girilerek erişim engeli kararının denetlenmesi de imkân sağlayabilir⁶⁴.

Yine yakın zamanda Hakimler Savcılar Kurulu (HSK) tarafından, sulh ceza hakimliklerine belirli bir kıdeme erişen hakimlerin görevlendirileceği konusunda ilke kararı alınmıştır⁶⁵. Bu durum da kararların daha tecrübeli hakimler tarafından verilmesine imkân sağlayabilir.

2. AYM'nin Kararda Getirdiği Öneriler

İhlalin kanundan kaynaklandığı tespit eden AYM, sonraki aşamada yeni ihlallerin önüne geçmek için nasıl bir düzenleme yapılması gerektiğine dair önerilere de yer vermiştir. Kuşkusuz bu önerileri hayata geçirecek kanuni düzenlemeleri yapmak yasama organının takdirinde-

⁶³ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 141-145.

⁶⁴ Önceki yıllarda var olan bu yolun hakimim takdiriyle de olsa etkili bir hukuki denetim sağlayabileceğine ancak yine de bu durumun 9. Maddede öngörülen erişim engeli usulünün anayasaya aykırılığını gidermeyeceğine ilişkin görüş için bkz. GÖZLER, 'Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi', s. 1068-1069.

⁶⁵ Söz konusu karar için bkz.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220121-8.pdf> Erişim Tarihi: 21.01.2022.

dir. AYM bu yüzden kararın bir örneğinin TBMM'ye gönderilmesine hükmetmiştir⁶⁶. AYM'nin konuyla ilgili önerileri; öngörülebilirlik, erişim engeli kararlarının mahiyeti, çelişmeli yargılama, hükmün kanun yollarıyla denetimi, tedbirin geçiciliği ve istisnailiği üzerine yoğunlaşmaktadır.

İlk olarak AYM'ye göre 9. madde öngörülebilir bir niteliğe kavuşmalıdır. Maddedeki erişim engellemesi usulünün kapsamı ve hukuki niteliği açık ve net bir şekilde yeniden düzenlenmelidir. Ancak bu kapsam oldukça dar tutulmalı ve kullanımı acil bir toplumsal ihtiyacın zorunlu kıldığı durumlara özgülenmelidir. Bu bağlamda 9. madde, 5651 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle uyumlu hale getirilmelidir. Hangi davranışın hangi hukuki sonuca bağlandığı ve kamusal makamlara nasıl bir müdahale yetkisi verdiği ortaya konulmalıdır. Bu yüzden kişilik haklarına dair getirilen korumanın sınırları netleştirilmeli ve erişim engeline sebep olabilecek haksız fiillerin hangi düzeye ulaşması gerektiğine dair bir ölçüt belirlenmesi gibi kriterler oluşturulmalıdır.

AYM tarafından yapılan bir diğer öneri de erişim engeli kararının hukuki mahiyetine dair bir belirleme yapılmasıdır. Eğer söz konusu karar bir koruma tedbiri ise buna uygun şekilde yargılama yapılmalı ve erişim engellenenin akıbeti tedbir kararının ardından yapılacak çelişmeli yargılamada belirlenmelidir. Ancak internet üzerinden yapılan ihlallerde failerin bulunmasının kolay olmaması her durumda failerin bulunup soruşturulmasını veya yargılanmasını mümkün kılmadığı için her durumda yargılama makamlarına böyle bir yükümlülük yüklenmemelidir. Bu yüzden alternatif yargılama usulleri meşru olmakla birlikte bu usullerin keyfi uygulamalara yol açmaması gerekmektedir. Bu çerçevede usule ilişkin güvenceleri içermesi de kaçınılmazdır.

Usuli güvenceler için ise erişim engeline itiraz edildiğinde itirazda bulunanların delil sunmak da dahil olmak üzere savunmalarını ortaya koymaları, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama haklarına sahip olmalarını içeren bir mekanizma kurulmalıdır. Çünkü ilk derece mahkemesi gibi hızlı değerlendirmede bulunma yükümlüğü, itiraz söz konusu olduğunda geçerli olmayacak ve taraf teşkili kendiliğinden sağ-

⁶⁶ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 159.

landığından söz konusu imkanlar uygulama alanı bulabilecektir. Karara itiraz edilmediğinde ise devletin böyle bir yargısal mekanizma kurma yükümlülüğü sona erecektir. Mevcut kanuni düzenlemeye yapılacak bir ek ile itiraz mercii, tarafların aktif katılımını öngören çelişmeli bir yargılama yapmakla ve yargılamanın ilk aşamasındaki eksiklikleri telafi etmekle görevlendirilebilir. Kuşkusuz bu durum bir itiraz olsa da davanın esasına ilişkin ilk kez karar verilmektedir. Bu yüzden de bu karara karşı, istinaf veya temyiz gibi etkili bir adli denetim mekanizmasına yer verilmelidir. Bu durum, ifade ve basın özgürlüğüne yönelik ihlallerin önlenmesi açısından önemlidir.

Bir diğer öneri ise engelleme kararlarının süresiz olarak verilmesi-ne hususudur. Mahkeme'ye göre bu durum ağır bir müdahale oluşturmaktadır. Bu yüzden erişim engelleme kararların istisnai niteliğine vurgu yapılarak, son çare ya da son önlem olarak uygulanması sağlanmalıdır. Yapılacak düzenlemede, erişim engeli tedbirine başvurmadan önce etki değerlendirmesi yapılması, internet içeriğine gecikmeksizin erişimin engellenmesinin haklı çıkarılması, kullanılacak araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir dengenin sağlanması yükümlülüğü getirilmeli ve ayrıca erişimin engellenmesi yöntemi dışında alternatif araçlara da yer verilmelidir⁶⁷.

III. KARAR SONRASINDA OLASI SENARYOLAR

A. AYM'nin 9. Maddeyi İptal Etmesi Mümkün Müydü?

2010 yılında referandumla kabul edilip 23 Eylül 2012 tarihinde Türk hukukuna giren bireysel başvuru yolunda AYM'nin norm iptali yapıp yapamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Çünkü, bir üst başlıkta da bahsedildiği üzere AYM'nin bir ihlalin kanun hükmünden kaynaklandığını tespit etmesi, kanun değişmedikçe ya da yürürlükten kalkmadıkça benzer ihlallerin tekrarlanacağı anlamına gelmektedir. Bu yüzden söz konusu yasal düzenlemenin AYM tarafından iptali, ihlallerin önünü kapatacak bir işlev görebilir. Ancak AYM'nin bireysel başvurularında böyle bir karar verip veremeyeceği konusunda farklı argümanlar ortaya atılmaktadır.

⁶⁷ Tüm öneriler için bkzn. *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 137.

AYM'nin bireysel başvuru kararlarında norm iptali yapabilmesinin en temel gerekçesi, 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*'un (AYM Kanunu) 50. maddesine göre; ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmeden bir mahkeme olmasıdır⁶⁸. Kaldı ki Anayasa'nın 148. maddesine göre AYM'nin en temel işlevi, anayasaya aykırı kanunları hukuk düzeninden elemektir. Ayrıca Anayasa'nın 11. maddesine göre de kanunların anayasaya aykırı olması mümkün değildir. Dolayısıyla bu iki hükümden hareketle AYM'nin yargılama faaliyeti yürütürken uygulayacağı bir hükmün anayasaya aykırı olduğu şüphesi duyması durumunda bunu görmezlikten gelmesi kabul edilemez⁶⁹.

Bu yüzden AYM'nin bireysel başvuru sonucunda gerekli bir tedbir olarak ilgili kanun hükmünü iptal yetkisine sahip olduğu düşünülebilir. Bu konuda en mümkün yol ise bireysel başvuru yolunda somut norm denetimi incelemesine gidilmesidir. Şirin'e göre; AYM bir anayasa şikâyeti karşısında, *AYM Kanunu*'nun 45. maddesinin 3. fıkrasını⁷⁰ uygu-

⁶⁸ Kararlar

"Madde 50 - (1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

(3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir.

(4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükte düzenlenir.

(5) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir".

⁶⁹ ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 295.

⁷⁰ "45(3) Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz".

lamak yerine, şikâyetçi tarafın istemi üzerine veya re'sen bu hükmün anayasaya aykırılığını tespit etmeli ya da kanunlara karşı anayasaya aykırılık incelemesi yapabilmelidir. Bu durumda Bölüm önündeki anayasa şikayetini incelerken, konuyu bekletici mesele sayarak, dosyayı AYM Genel Kurulu'na sunmalı ve Genel Kurul anılan hükmü iptal etmelidir⁷¹. Aydın ise bu konuda farklı bir çözüm önermektedir. Buna göre AYM, bu durumda dosyayı somut norm denetimi yoluna başvurmak üzere ilgili mahkemeye göndermeli, ilgili mahkeme de inceleme konusu yapılan düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla AYM Genel Kurulu'na taşınmasını sağlamalıdır. Ancak bu çözümde ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda ilgili mahkemeye gönderim yapılmasından dolayı uygun görülmemektedir. Aydın'ın getirdiği diğer çözüm ise AYM'de bireysel başvuru incelemesini yapan bölümlerin anayasaya aykırı olduğunu düşündükleri kanun hükmünü somut norm denetimi yoluyla AYM Genel Kurulu'na taşımalarıdır⁷². Bir başka ihtimal olarak ise bireysel başvurularda davada uygulanacak hüküm olan *AYM Kanunu*'nun 45. Maddesinin 3. fıkrasının anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi ve böylelikle doğrudan yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun açılması önerilmektedir⁷³.

Ancak genel anlamda bireysel başvuru yolu, hukuk kurallarının anayasaya uygunluğunun incelendiği bir yol değildir⁷⁴. Bir başka deyişle AYM, bireysel başvuru yolunda ilgili kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını incelememektedir. Bireysel başvuruda incelenen ilgili kanunun Anayasa'da ve AİHS'te düzenlenmiş hakları bir başka deyişle bireysel mekanizmasıyla korunan temel hakları ihlal etmiş olup olmasıdır⁷⁵. Dolayısıyla bu karar soyut ya da somut norm denetiminde olduğu

⁷¹ ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)*, s. 297.

⁷² AYDIN, Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, Yıl: 2011, s. 144.

⁷³ AYDIN, Öykü Didem, s. 145.

⁷⁴ ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 791.

⁷⁵ KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2021, s. 368.; AYDIN, Öykü Didem, s. 137.

gibi anayasaya aykırılık incelemesi mahiyetinde değildir. Bu durum ilgili kanunun iptali yetkisinin olduğu konusunda kesin cevap bulmayı zorlaştırmaktadır.

AYM'nin norm iptali yapamayacağı, yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı düzenlemesiyle gerekçelenmektedir. Özbudun'a göre ise Anayasa'da norm iptalinin dayanağı olarak sadece iptal davası ve itiraz yolunun öngörülmesi ve söz konusu anayasa değişikliğinde bu maddelerde bir değişiklik yapılmaması, AYM'nin re'sen harekete geçerek ihlale sebebiyet veren kanunu iptal edemeyeceği anlamına gelmektedir⁷⁶. Bu noktadaki bir başka gerekçe ise AYM'nin norm iptali yetkisinin, Hükümet tasarısında⁷⁷ yer alıp sonradan yasalaşmadan tasarıdan çıkartılmasıdır⁷⁸. Bu durum, kanun koyucunun AYM'ye bu yetkiyi vermek istemediği şeklinde yorumlanabilir. Göztepe'ye göre AYM'nin anayasaya aykırılığı tespit edip ilgili kanunun iptali için Genel Kurul'a başvurmayı içtihat yoluyla benimsemesi mümkündür ama bu durumda tarihsel yorum tamamen göz ardı edilmiş olmaktadır⁷⁹. Buna ek olarak İyimaya, AYM'ye bu görev yasayla değil, yalnızca anayasayla verilebilir şeklinde bir belirlemede bulunarak söz konusu düzenleme tasarıdan çıkartılmayıp yasalaşmış olsaydı dahi, AYM'nin somut norm denetimi yapamayacağını ifade etmektedir⁸⁰.

⁷⁶ ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 391.

⁷⁷ Söz konusu tasarıya göre 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 6. fıkrasındaki ibare şu şekildedir:

"(6) Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar"

⁷⁸ Konuyla ilgili gelişmelerin detaylı değerlendirmesi için bknz. YILDIZ, Ceren, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2021, S. 2, Yıl: 2021, s. 373.

⁷⁹ GÖZTEPE, Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 24, S. 95, Yıl: 2011, s. 32.

⁸⁰ İYİMAYA, Ahmet, "Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 27, S. 116, Yıl: 2015, s. 428.

AYM de şimdiiye kadar vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında bu durumu kanıksamış ve bireysel başvuru incelemelerinde ihlalin kanundan kaynaklandığını tespit etse dahi, iptal yoluna gitmeyerek ilgili yasa hükmünü uygulamamış, yasama organına çağrı yapmakla yetinmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine yönelik olarak verilen *YouTube* kararı⁸¹, AYM'nin konuya yaklaşımı açısından önemli bir örnektir. Söz konusu kararda AYM, başvurucuların anayasaya aykırılık iddiasının Genel Kurul tarafından incelenmesi talebini değerlendirmeye almamış ama kararda farklı bir usulle de olsa Genel Kurul tarafından somut norm denetimi yapılmıştır. Ancak sonuç itibariyle AYM, kanunu iptal etmemiş, ihmal etmiştir⁸². Bu durum Amerikan tipi anayasa yargısındaki ihmal kurumunu akla getirmektedir.

Bir başka örnek ise evli kadının eşinin soyadını alması hakkındaki *TMK*'nin 187. maddesiyle ilgili olarak AYM'nin vermiş olduğu kararlar⁸³. AYM, ilgili *TMK* hükmünü iptal etmemiş ama Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereği AİHS'in üstün olduğunu belirtmiştir. Bu karar, *TMK* hükmünü zımnen ilga etse de hükmün uygulanması sürmektedir⁸⁴. Ancak doktrinde Anayasa'nın 90. maddesinin normlar arasındaki çatışma durumuna bir çözüm getirdiği ve bu durumun bir ilga olamayacağı da ifade edilmektedir⁸⁵.

AYM bir başka kararında da "*bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılamaz*"⁸⁶ şeklinde hüküm kurmuştur. Bu yüzden, bireysel başvurunun yasama işlemine değil, onun

⁸¹ *YouTube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/05/2014.

⁸² EREN, Abdurrahman, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, C. 32, S. 1, Yıl: 2016, s. 251.

⁸³ Söz konusu kararlar; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; *Gülsim Genç*, B. No: 2013/4439, 06/03/2014; *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 11/07/2015.

⁸⁴ Konu hakkında detaylı açıklamalar için bknz. HELVACI, Serap, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı", *Public and Private International Law Bulletin*, C. 35, S. 1, Yıl: 2015.

⁸⁵ ERGÜL, Ozan, 'Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir', *Yıldırım Uler'e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014.

⁸⁶ *Gökhan Ünal*, B. No: 2012/30, 05/03/2013.

uygulanmasına yönelik olarak yapılabileceği kabul edilmektedir⁸⁷. Ancak AYM'nin bireysel başvurularda ihlalin kaynağı olan kanun hükmünü iptal yetkisine sahip olması anayasaya uygun bir kamu düzeninin tesisi için gereklidir⁸⁸. İhlalin kanundan kaynaklandığı durumlarda ihlalin tekrarlanmaması ve TBMM'nin konuya dair yasal düzenleme yapmaya hukuk yoluyla zorlanabilmesi açısından bu yola ihtiyaç vardır.

B. TBMM'nin Düzenleme Yapması

AYM kararda ortaya koymuş olduğu öneriler ışığında, kanun hükmünü gözden geçirmek üzere, söz konusu kararın bir örneğinin TBMM'ye gönderilmesine karar vermiştir⁸⁹. Aynı kararda AYM, söz konusu maddeyle ilgili olarak elinde bulunan dosyaları ve yeni gelecek başvuruları bir yıl süreyle incelemeyeceğini ifade etmiştir. Doktrinde AYM'nin kanunun ilgasına yönelik bir karar vermesi halinde bu ilga işlemini gerçekleştirecek organ olan TBMM'nin bu karara uymayan üyelerinin yargı kararlarını yerine getirmemekten dolayı sorumlu olacakları söyleyen görüşler olsa da⁹⁰, TBMM'nin bu süre zarfında kanunu değiştirmek yönünde bir zorunluluğu mevcut değildir. Çünkü Kılıç'ın ifade ettiği gibi, AYM'nin bireysel başvuru kararlarında, yasama yetkisinin kullanımına müdahale etmediği açık bir şekilde ifade edilmektedir ve bu tür bir bildirim, kanun teklifi hüküm ve etkisinde değildir⁹¹.

Unutmamak gerekir ki, AYM'nin somut norm denetiminde vermiş olduğu erteleme kararlarında dahi TBMM'nin erteleme süresince bir yasal düzenleme yapma yükümlülüğü hukuken yoktur. Bu durum olsa olsa siyasi anlamda bir sorumluluk doğurabilir. Ancak yine de kanun değişikliği yapılmaması durumu kanunun uygulanmasından doğan ihlallerin sayısını artırma potansiyeline sahiptir⁹².

⁸⁷ KARAN, Ulaş, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 154.

⁸⁸ GÖZTEPE, s. 32.

⁸⁹ Şimdiye kadar TBMM'ye bildirilmesine karar verilen bireysel başvuru kararlarının değerlendirmesi için bkz. KILIÇ, Abbas, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1, Yıl: 2021.

⁹⁰ Söz konusu görüş için bkz. AYDIN, Öykü Didem, s. 142.

⁹¹ KILIÇ, s. 122.

⁹² YILDIZ, s. 412.

AYM'nin ihlalin kanundan kaynaklandığına hükmettiği kararlardan bazılarının sonunda TBMM, gerekli yasal düzenlemeyi yerine getirmiş, bazılarında da yasal düzenleme yapmama yolunu tercih etmiştir. Ancak hukuk devleti açısından ideal olan, sürekli olarak ihlale sebebiyet verme ihtimalindeki bir kanun hükmünün yasama organı tarafından süratle değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılmasıdır. Nitekim şimdiye kadar AYM'nin vermiş olduğu benzer kararlarda TBMM'nin bazı konularda, gerekli yasal düzenlemeleri yaptığı görülmektedir. Bunlara örnek olarak; *Y. T. başvurusu*⁹³, *Bedrettin Morina başvurusu*⁹⁴ verilebilir⁹⁵.

Ancak kadının soyadına dair AYM kararları gibi TBMM'nin henüz bir düzenleme yapmadığı durumlar da mevcuttur. Üstelik bu kararların AYM tarafından TBMM'ye bildirilmesine karar verilmemiştir⁹⁶. Bu kararlara ek olarak *Süleyman Başmeydan başvurusunda*⁹⁷ yapılan bildirim karşılıksız kalmış, *Recep Bekik ve Diğerleri başvurusunda*⁹⁸ ise yetersiz bir yasal düzenleme yapılarak ihlal potansiyeli artırılmıştır⁹⁹. Dolayısıyla TBMM'nin yasal düzenleme yapmama ihtimali de mevcuttur. Bu durum benzer ihlallerin tekrarlanacağı anlamına gelmektedir. Özellikle AYM'nin benzer başvuruların görüşülmesini bir yıl süreyle ertelemesi, yeni ihlallerin bu süre zarfında AYM korumasından faydalanamayacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bir yıllık erteleme kararı, somut norm denetiminde olduğu gibi yasama organı üzerinde bir baskı yaratmamakta, tam tersi yasama organının üzerinden belirli bir süreliğine bu yükümlülüğü almaktadır.

Bu çerçevede, TBMM'nin konuya dair yaklaşımın ne olacağı bilinmemekle birlikte, ideal bir düzenlemenin ne şekilde olması gerektiği konusunda birtakım önerilerde bulunmak faydalı olacaktır. İlk olarak AYM kararında işaret edilen öneriler internet sitelerine erişim engeli konusunda yol gösterici niteliktedir. Özellikle 9. maddenin istisnai nitelikte olduğunun vurgulanması ve her ihlal iddiası karşısında 9. madde-

⁹³ *Y. T., B. No: 2016/22418, 30/05/2019.*

⁹⁴ *Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, 05/03/2020.*

⁹⁵ Söz konusu kararlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. YILDIZ, s. 380-392.

⁹⁶ KILIÇ, s. 122.

⁹⁷ *Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/06/2019.*

⁹⁸ *Recep Bekik ve Diğerleri, B. No: 2016/12936, 27/03/2019.*

⁹⁹ Söz konusu kararlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. YILDIZ, s. 385-395.

deki usulün işletilmemesine dair bir düzenleme yapılması şarttır. Burada 5651 sayılı Kanun'un amacından hareketle kişilik hakkını ihlal ve aynı zamanda suç teşkil eden içeriklerin erişim engeline konu olması gerekmektedir. Tedbirin geçiciliğın güvence altına alınması için tedbir belirli bir süreyle sınırlı tutulabilir. Tedbirin belirli bir süreyle sınırlı olması AİHM kararlarından da çıkan bir sonuçtur¹⁰⁰. Bir başka ihtimal olarak söz konusu içeriğe dair şikâyet üzerine ya da re'sen soruşturma açılarak cumhuriyet savcısının talebine dayanarak tedbirin devamına dair sulh ceza hâkimi tarafından tekrar inceleme yapılması, kovuşturma aşamasında da davaya bakan mahkeme tarafından erişim engeli tedbirinin devamına dair karar verilmesi uygun olacaktır. Yargılama sonucunda çıkacak kararlara karşı kanun yollarına başvurmak ve erişim engeline dair hak arama yollarını kullanmak da bu yolla mümkün olacaktır. Belirtmek gerekir ki AİHS'in 6. maddesi bağlamında ihlallere sebebiyet verilmemesi için uygun hak arama yollarının sunulması da bir gerekliliktir¹⁰¹. Yukarıda bahsedilen çözümden bağımsız olarak; soruşturma süreci başlamadan da içeriğe erişimin engellenmesi kararına yapılacak itirazların asliye ceza mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi yerinde olacaktır. AYM kararında da belirtildiği üzere itiraz sürecinde taraf teşkili kendiliğinden sağlandığı ve emredici bir süre sınırı olmadığı için çelişmeli yargılamaya bu yolla da imkân sağlanabilir.

SONUÇ

AYM'nin *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret AŞ ve Diğerleri Başvurusu* kararı şimdiye kadar olan bireysel başvuru kararlarından farklılaşmaktadır. Önceki kararlarda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin uygulamasındaki eksik yanları vurgulayan ve ihlal kararları veren AYM, artık ihlallerin kanundan kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Bireysel başvuru kararlarında kanun metinlerini anayasaya aykırı olduğu gerekçeyle iptal etmeyen AYM, kanundan kaynaklanan sorunların giderilmesi için TBMM'ye bildirim ve önerilerde bulunmuştur. Dolayısıyla konuyla ilgili kanundan kaynaklı sorunları çözmek TBMM'nin takdirindedir. Ayrıca ilgili başvuruda pilot karar usulü uygulandığı için AYM benzer

¹⁰⁰ KAYA, Mehmet Bedii, s. 512.

¹⁰¹ KAYA, Mehmet Bedii, s. 511.

nitelikteki mevcut ve yeni yapılacak başvuruları bir yıl süreyle incelemeyeceğini belirtmiştir. Ancak kanun iptali olmadan böyle bir erteleme kararı verilmesi, TBMM üzerinde ilgili kanunun değiştirilmesi yönünde bir zorlayıcılık yaratmamaktadır. Hatta tam tersi, TBMM'nin bu bir yıllık süre zarfında ihlal kararı gelmeyeceğinden dolayı daha yavaş hareket etmesi sonucu da ihtimal dahilindedir. Kararın 9. maddedeki eksikliklere ilişkin tespitleri yerinde olmakla birlikte, bir yıl süreli ertelemenin yerinde olmadığı ve bu sürenin yeni ihlallere kapı aralayacağı düşünülmektedir.

Konuyla ilgili olarak AYM'nin getirmiş olduğu öneriler doğrultusunda bir kanun değişikliği yapılması hukuk devleti ilkesi açısından zorunludur. Aksi halde ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakları özelinde birçok ihlalin doğması kaçınılmazdır. Bu yüzden kararda yer verilen tavsiyeler doğrultusunda yapılacak yasal düzenlemede öncelikle, erişim engeli tedbirinin belirli bir süreyle sınırlı olması gerekmektedir. Tedbire karşı gidilecek itiraz kanun yolunun etkili bir başvuru yolu olmadığı da AYM kararıyla tespit edilmiştir. Dolayısıyla itiraz hakkına sahip olanlar için delillerini ve savunmalarını ortaya koyabilecekleri yeni mekanizmalar oluşturulmalı, buradan çıkan kararlara karşı da kanun yollarına gidebilme imkânı sağlanmalıdır. Bir model önerisi olarak AYM kararında işaret edildiği üzere, 9. maddenin 5651 sayılı Kanun'un amacına uygun olarak yalnızca suç unsuru taşıyan yayınlar bakımından uygulanabilir olması gerekmektedir. Dolayısıyla kişilik hakkını ihlal eden yayının aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda klasik ceza yargılaması yolu da açılmış olacaktır. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma evrelerinde erişim engeli tedbirinin akıbeti inceleme konusu olabilecektir. Davanın sonuçlanmasının ardından kanun yolu incelemesinde de söz konusu tedbirin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi mümkün olacaktır. Böyle bir düzenleme yapılmadığı takdirde ise sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen kararlara yapılan itirazların asliye ceza mahkemeleri tarafından karara bağlanması da başka bir çözüm önerisidir. Bu durumda asliye ceza mahkemeleri tarafların iddia ve savunmalarını dinleyerek, gerekli gördüğü takdirde araştırma yaparak kişilik hakkına yönelen bir ihlal olup olmadığını karara bağlayacak imkanlara sahip kılınmalıdır.

KAYNAKÇA

- ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AYDIN, Gülşah Sinem, *Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- AYDIN, Öykü Didem, *Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4. Yıl: 2011.
- BÜYÜK, Elif Irmak, *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DOĞAN, Aişe Sena, *Kişilik Hakkının 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması*, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 2. Yıl: 2020.
- DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*. 1. Baskı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- EREN, Abdurrahman, *Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri*, *Anayasa Yargısı*, C. 32, S. 1, Yıl: 2016.
- ERGÜL, Ozan, *Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir*. In: *Yıldırım Uller'e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014.
- GÖNEN, Doruk, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- GÖZLER, Kemal, *Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi*. *Rona Aybay'a Armağan I (Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı)* 2014.
- GÖZTEPE, Ece, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 24, S. 95, Yıl:

2011.

GÜRKAYNAK, Gönenc/YILMAZ, İlay/KARA, Pınar, Türk İnternet Hukuku Uygulamasının ve Mevzuatının Evriminin İlk Dönemini Tamamlaması İçin Öneriler ve Gözlemler. In: . Available at: <https://www.gurkaynak.av.tr/docs/Turk_Internet_Hukuku_Uygulamasinin_ve_Mevzuatinin_Evriminin_Ilk_Donemini_Tamamlamasi_Icin_Oneriler_ve_Gozlemler.pdf>

HARRIS, D. J. et al, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 2nd ed., Oxford University Press, Oxford ; New York, 2009.

HELVACI, Serap, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ve Anayasa Mahkemesinin Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 35, S. 1, Yıl: 2015.

HELVACI, Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayınları, İstanbul, 2017.

İYİMAYA, Ahmet, Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 27, S. 116, Yıl: 2015.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Baskı. Legal Yayınları, İstanbul, 2021.

KAMA IŞIK, Sezen, *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış: 2016/679 Sayılı GVKT (GDPR) ile 6698 Sayılı KVKK'nin Detaylı Analiz ve Karşılaştırması İle*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

KAMA, Sezen, What is the Meaning of an Effective Remedy? An Approach of the European Court of Human Rights on Effectiveness, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 14, S. 1, Yıl: 2014.

KANADOĞLU, Korkut, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

KARAKAYA, M. Süheyl, 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. C. 30, S. 137, Yıl: 2018.

KARAN, Ulaş, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

- KAYA, Mehmet Bedii, *İnternet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KAYA, Mine, Almanya'da İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, Yıl: 2015.
- KENT, Bülent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KILIÇ, Abbas, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi, *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1, Yıl: 2021.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ŞEKER, Gülseven, Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etkisinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, 2021.
- ŞİRİN, Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- SÖZÜER, Eren, *Unutulma Hakkı: İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TURGUT, Cemile, *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- YILDIZ, Ceren, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2021, S. 2, Yıl: 2021.
- Unutulma Hakkı (Unutulma Hakkının Arama Motorları Özelinde Değerlendirilmesi)*, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Ankara 2021.